

LAW REVIEW

Enero 2013 lawreview.usfq.edu.ec

María Nazaret Ramos Rosas
• Imprecisiones respecto al Derecho a la Resistencia en el Ecuador

Esteban Pérez
• Mercados relevantes como un método poco riguroso en la determinación de poder de mercado

Carla Cepeda Altamirano
• El arbitraje y la importancia del principio de confidencialidad

Carlos Torres Salinas
• ¿Cabe la cancelación de registro por falta de uso respecto de una marca notoria? MANICHO, una historia digna de ser contada.

Nicole Galindo Sánchez
• La reforma al mecanismo de medidas cautelares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Repercusiones en el marco de protección de derechos humanos del sistema interamericano

José Elías Bermeo
• Implementación del procedimiento oral para materias no penales en el sistema jurídico ecuatoriano y el tratamiento del mismo en el Proyecto de Código General del Proceso.

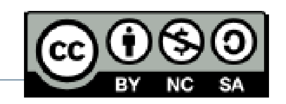


ENERO - 2013
lawreview.usfq.edu.ec

Publicación Semestral de la Universidad San Francisco de Quito



Vol. 1 Nº 1
2013



LAW REVIEW

José Elías Bermeo

jose.bermeo@estud.usfq.edu.ec

Implementación del procedimiento oral para materias no penales en el sistema jurídico ecuatoriano y el tratamiento del mismo en el Proyecto de Código General del Proceso.

Resumen

En el Ecuador se ha intentado sin éxito, por más de una década, pasar de un procedimiento jurídico escrito a uno oral (en materias no penales). El objetivo del presente trabajo es analizar el actual procedimiento civil, su evolución y los proyectos de: Código Procesal Unificado de CEJA y el Código General del Proceso presentado por el Consejo de la Judicatura. En ambos se estudia la implementación de la oralidad como un planteamiento para disminuir los tiempos de espera en las resoluciones judiciales. Sin embargo, también se trazan los retos para que el principio oral sea implementado.

Palabras Clave: Oralidad, Proyecto de Código General del Proceso, Proyecto de Código Procesal Unificado de CEJA, Retos Sistema Oral



1. Introducción

Intrínseco del Derecho es que la normativa jurídica establezca una serie de prescripciones legales (Código Civil, Código Penal, etc.) y, a su vez, señale preceptos de conductas deseadas por la sociedad. Además es necesario que, como ciencia, vaya de la mano de un procedimiento, el cual contenga la forma por la cual un tercero imparcial aplique la normativa sustantiva. Con la combinación de normas materiales y formales, la función judicial, a través del amplio equipo que la compone (desde el amanuense hasta el juez), cumple con su misión de brindar justicia a la sociedad, solventando sus requerimientos/disputas de distinta índole. Sin embargo, dicha misión, no llega a cumplirse en el sistema judicial ecuatoriano, sobretodo cuando se trata en materia civil. Es repulsivo para los usuarios del sistema jurídico que, por una controversia civil, por mínima que esta sea, se tenga que esperar un "promedio de 3 a 5 años"[1] (desde primera instancia hasta casación) para ser resuelta y ejecutable.

En base a estos antecedentes, el propósito del presente artículo es realizar un estudio objetivo del procedimiento civil en el Ecuador, su evolución histórica y los cambios futuros que conllevará la posible aprobación del Proyecto de Código General del Proceso (P.C.G.P). Actualmente, éste se encuentra en estado de borrador y es analizado por la Comisión de Justicia y Estructura del Estado de la Asamblea Nacional que, tras su informe favorable, podría ser debatido por el pleno. El proyecto fue foco de estudio en diversos ámbitos legales, con el fin de ser minuciosamente pulido por varios estudiosos y practicantes del Derecho, los cuales discutieron el proyecto y sometieron sus comentarios al Consejo de la Judicatura. El mismo, al plantear un procedimiento oral, se presenta a la sociedad ecuatoriana como la solución real a la parsimonia actual.

El trabajo contiene tres partes. En la primera se menciona brevemente la historia y evolución del Código de Procedimiento Civil actual, así como, de los principios que rigen al mismo. Posteriormente, en la segunda, se analiza la evolución del Proyecto de Código General del Proceso, cuyo antecesor es el Código Procesal Unificado redactado por Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA; examinándose con es-

---

1 Petronio Ruales, Gerente de Proyecto, Consejo de la Judicatura, *Entrevista realizada el 28 de junio de 2012 en la ciudad de Quito.* Entrevistador: José Elías Bermeo.

pecial énfasis la oralidad, los nuevos principios planteados y su complementariedad con otros cambios a la función judicial para reducir los tiempos de espera. Por último, se presentan las conclusiones y los comentarios sobre la viabilidad del Proyecto en el país, incluyendo los beneficios y problemas que podría acarrear el cambio de un sistema procesal escrito ecuatoriano por uno oral.

Cabe recalcar que no es menester del presente trabajo hacer un análisis profundo del Proyecto de Código General del Proceso ya que su extensión nos llevaría a tratarlo en un artículo distinto al actual. Sin embargo, se mostrará al lector partes esenciales y distintivas de cada uno de los borradores, estableciendo su relación con el procedimiento oral y estableciendo que, al ser éstos simplemente bosquejos, no se puede asegurar la permanencia de tales puntos llamativos en los textos definitivos.

2. Derecho Procesal Civil ecuatoriano

2.1 Historia y antecedentes del Derecho Procesal Civil

El estudio de la evolución histórica del Derecho Procesal nos ayudará a entender cómo se establecieron los diversos parámetros legales que dieron lugar a nuestro Código de Procedimiento Civil actual. El derecho procesal "tiene sus remotas raíces en el derecho romano, en el cual se originan la mayoría de las instituciones que conocemos."[2] Se puede simplificar al procedimiento del derecho romano, según Véscovi, en dos etapas. La primera que llegó hasta el siglo III (d.C.) conocido como el período *ordo iudiciarum privatorum* (sistema de justicia privado) siendo el principio de la oralidad rector de dicha fase. Sin embargo, también hubo en este período un pequeño margen de documentos escritos conocidos por el *iudex* o árbitro. Posteriormente, en la segunda etapa, el procedimiento privado es reemplazado por el proceso oficial o *extraordinario cognition*, en donde, el sistema escrito y secreto prevaleció sobre el sistema hablado.

A partir de la *extraordinario cognition*, el derecho romano aborda y promueve el principio escriturario. Se acentúa la importancia de la prueba documental, con lo cual, la libre valoración de la misma por parte del juez desaparece. Por otro lado, la inmediatez (tan anhelada en nuestro proceso vigente) es postergada y el papel del juez es disminuido al mínimo posible, ejerciendo sus potestades jurisdiccionales sólo al momento de dictar sentencia. Categóricamente el tratadista Enrique Véscovi señaló que estaríamos "frente a un procedimiento más parecido al actual"[3], en el cual, el transcurso de los tiempos legales es manejado arbitrariamente.

Otra de los orígenes del derecho procesal ecuatoriano, es el derecho germano. Sin embargo, no es una fuente de magnitud e influencia como fue el derecho procesal romano. El proceso germano era en extremo sencillo y su desarrollo jurídico no llegó a niveles jurídicamente elevados como el de la época romana. El sistema legal germano no expuso una separación tangible entre el proceso civil y el penal. No obstante, cabe destacar que, en la región nórdica, a pesar de que el juicio tenía un fuerte carácter religioso, el procedimiento era primordialmente oral. Con la invasión de los pueblos germanos al sur de Europa en el siglo VI, surgió un choque de dos ramas procesales. Por un lado, cabalgaba la oralidad del proceso germano, y por otro, el de los "conquistados", conducido por un sistema formal-escrito del proceso romano de aquella etapa. Como resultado de la pendencia entre los dos sistemas, los pueblos conquistados "van forjando su derecho local y popular."[4]

Dentro fronteras que atañen al presente estudio (Europa occidental), el procedimiento en la Edad media fue una combinación del proceso romano (tras varios años logró imponerse a la corriente germana) y del derecho procesal Canónico. Es allí donde surgen lo *glosadores* y los *posglosadores*, comentaristas y estudiosos de la ley, encargados de adaptar antiguas instituciones jurídicas romanas a las necesidades de aquella época. Es en esta fase donde el proceso fue "dirigido por funcionarios oficiales, escrito y caracterizado por diversas fases cerradas y preclusivas."[5] Esta composición legal se conoce como proceso común o romano-canónico.

2 Enrique Véscovi, *Teoría General del Proceso*, 2da. Ed., Bogotá: Temis, 1999, p. 21.

3 *Ibíd. p. 25.*

4 Eduardo Couture, *Fundamentos del Derecho* Procesal, 3er. Ed., Buenos Aires: Depalma, 1997, p. 19.

5 Enrique Véscovi, *Teoría General del Proceso*, 2da. Ed., Bogotá: Temis, 1999, p. 27.



Esta última es otra de las fuentes que incidieron en el derecho procesal vigente en el Ecuador.

Posterior a la Edad Media, con el florecimiento y formación de los Estados, el derecho y su proceso de aplicación se moldean a la medida de cada uno de los países, enfocándose en sus respectivas características y circunstancias sociales. Este proceso conocido como contemporáneo o moderno, en su mayor parte, continuó los lineamientos del proceso analizado anteriormente: oficial, escrito, lento y complejo.[6] No es sino después de la Revolución Francesa, en el año 1806, que se introduce la oralidad y la publicidad del juicio con el *Code de Procedure*.

El derecho procesal ecuatoriano tiene como origen cardinal, además de pequeños aportes de las fuentes anteriormente señaladas, al proceso indiano, proceso impartido por el reino de España a sus colonias, tanto en materia penal y civil. La monarquía española no acogió la "modernización" planteada en la Revolución Francesa. Por lo tanto, se mantuvo el proceso escrito, parsimonioso y solemne, característico del proceso común (romano-canónico). Es en la independencia de las colonias y con el posterior influjo de ideas francesas durante el siglo XIX, que el derecho procesal se desliga, en principio, de España. Parcialmente hablamos de desvinculación ya que, dicha tendencia trascendió únicamente en el área procesal penal, más no en el procedimiento civil, el cual continuó con la solemnidad y el principio escriturario, característicos del proceso español.

2.2 Principio escriturario en la actualidad

Para Couture, el proceso no existe por sí mismo, y "solo se explica por su fin. […] El fin es el de dirimir conflictos de intereses sometidos a los órganos de la jurisdicción."[7] Es ésta definición la que pone en tela de duda si, en el Ecuador, el proceso está cumpliendo dicho fin, el de ventilar conflictos de manera objetiva para precautelar la tutela efectiva de derechos. En este punto, cabe preguntarse si en el Ecuador existe una justicia plena. La respuesta es no. Nuestro sistema, con la resolución tardía de los conflictos presentados, evita, al no ser una justicia expedita, la aplicabilidad real de la solución de los mismos.

Actualmente, el principio dominante en los procesos civiles es el escriturario. Sin embargo, cabe destacar que cualesquiera que sea el sistema rector del país de estudio, tendrá en menor o mayor medida algo del sistema opuesto. Para Couture, esto se trata de una situación de dosificación en cuanto al sistema. Señala además que en ningún sistema jurídico existen procesos orales/escritos puros; proyectando, de esta forma, la función del legislador para decidir en qué medida da entrada a las soluciones de una u otra fórmula.[8]

Analizando únicamente grandes sucesos en materia procesal civil ecuatoriana, destaca el de 1863, cuando el Congreso Nacional dictó por primera vez el Código de Enjuiciamiento Civiles. Éste fue reemplazado por el Código de Procedimiento Civil en 1938, el cual, tras cuatro reformas codificadas (1953, 1960, 1987, 2005), sigue vigente hasta a actualidad. A pesar de que "se han dictado 8 cuerpos del Código de Procedimiento Civil y se han introducido 106 reformas a lo largo del tiempo"[9], el sistema no ha logrado solventar las magnánimas falencias de celeridad e inmediatez del sistema ecuatoriano.

Es con este preámbulo que llegamos al Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano actual. El cual consta de 1016 artículos, divididos en dos Libros. El primero contiene dos Títulos en los que básicamente se establecen las personas que intervienen en juicio. El segundo, dispuesto en tres Títulos, habla del enjuiciamiento civil en general. Además, a manera colectiva, plantea una serie de ritos (tendencia asimilada del proceso canónico) y formalidades (estilo practicado al final en el proceso romano y el posteriormente por las monarquías en la Edad Media), que junto a otros problemas del sistema ecuatoriano (falta de recursos, corrupción, etc.) demoran enormemente la resolución de procesos.

A breves rasgos la Constitución de 1998 mencionaba, en su artículo 194, que la sustanciación de procesos se llevarían a cabo por el sistema oral. No obstante, eso nunca llegó a suceder y no es hasta la Constitución de

6 Ibíd. p. 29.

7 Eduardo Couture, *Fundamentos del Derecho* Procesal, 3er. Ed., Buenos Aires: Depalma, 1997, p. 145.

8 Eduardo Couture, *Proyecto Couture*, Exposicion de motivos, p.61.

9 Luis Hidalgo, *La oralidad de todos los procesos judiciales*. http://www.lexis.com.ec/lexis/Editoriales.aspx (acceso: 03/6/2012).

2008 que se plantearon cambios significativos al sistema procesal ecuatoriano:

Art. 168.- La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios:

[…] 6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.[10]

De esta forma, y tras un largo vaivén histórico (revisar numeral 1.1) en cual la oralidad o la escritura eran optadas por la sociedad de la época, la Constitución de Montecristi planteó una ruptura más directa con el principio escriturario en el Ecuador y nos llevó hacia el principio oral en todo procedimiento en todas las materias. Por esta razón, es necesario contar con un nuevo Código de Procedimiento Civil, papel que está siendo liderado por el Proyecto de Código Procesal Unificado (antecesor al Proyecto de Código General del Proceso) como un agente transformador urgente en nuestro sistema.

3. Procedimiento oral

3.1 Proyecto Código Procesal Unificado (C.P.U.)

La realización del proyecto de Código Procesal Unificado para materias no penales en el Ecuador estuvo a cargo del Consejo de la Judicatura el cual, a través de un contrato de consultoría, delegó la realización del cuerpo legal al Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA).[11] Dicha organización tiene su sede en Santiago de Chile y fue creada en el año 1999, por resolución de la Asamblea General de la OEA. Un dato curioso que surgió en la investigación realizada a CEJA es que el 80% de su Equipo de Trabajo permanente es de nacionalidad chilena. Es decir, se está frente a una situación similar a la época en la que se "encargó" a don Andrés Bello, la realización del Código Civil ecuatoriano, continuando el país chileno con su tradición de liderazgo jurídico en latinoamericano.

El 11 de abril de 2012 fue presentado el proyecto de Código Procesal Unificado realizado por CEJA al Consejo de la Judicatura. El objetivo primordial planteado por CEJA con el proyecto del Código en discusión fue el de disminuir la duración de los procesos judiciales en el Ecuador. Del que cada uno de los profesionales del derecho es un simples espectadores de un sistema totalmente precario. Desde la simple presentación del pliego de preguntas hasta que las mismas sean practicadas en juicio, puede costar literalmente un par de años.

El proyecto estaba destinado a regular todos los procesos judiciales en el país (civil, comercial, familiar, laboral, tributario, contenciosa administrativo, y demás relevantes) con excepción de penal, ya que el mismo consta de su propio procedimiento oral. Para finales del mes de mayo del año 2012, el proyecto C.P.U. fue presentado por Erick Ríos y Claudio Fuentes (ambos consultores de CEJA). Además, fue debatido en talleres y mesas de trabajo en las ciudades de Quito, Ambato, Cuenca y Guayaquil. Finalmente el CEJA, el día 28 del mes de junio de 2012, entregó formalmente el proyecto renovado al Consejo de la Judicatura[12], el cual contenía las propuestas e ideas debatidas en dichas mesas de trabajo.

El proyecto, con sus 411 articulados, suponía "la posibilidad de interactuar directamente con el juez y *que la prueba sea conseguida solo a través del método oral*" [las cursivas son mías].[13] Hay que destacar que el proyecto no planteaba la oralidad en todo el proceso, lo hacía "desde las audiencias anteriores al juicio […] Con todo esto no significa que no se mantengan elementos escritos del procedimiento (como por ejemplo la demanda y su contestación)." [14]

Otra de las características que el proyecto planteaba era la posibilidad de un proceso heterogéneo destinado a resolver controversias de distinta complejidad. Se planteaba un procedimiento declarativo general con la posibilidad de que el caso se resuelva en una sola audiencia llamada de Juicio Simple (establecido en el párrafo 6º del Título II del Libro III). Esta idea planteada por el CEJA demostraba un riquísimo entendimiento

10 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 421. Registro Oficial No.449 de 20 de octubre de 2008.

11 Petronio Ruales, Gerente de Proyecto, Consejo de la Judicatura, *Entrevista realizada el 28 de junio de 2012 en la ciudad de Quito.* Entrevistador: José Elías Bermeo.

12 *Ibíd.*

13 CEJA, *Presentación del Código de Procedimiento Unificado,* abril de 2012.

14 *Ibíd.*



del sistema judicial ecuatoriano, donde la mayoría de casos no necesitan de un proceso largo y complicado. Para los casos más complejos se realizarían dos audiencias, una de preparación y otra llamada Audiencia de Juicio Oral (párrafo 8º del Título II del Libro III).

Además, el C.P.U. planteaba cambios no sólo respecto a la oralidad, sino también, a la presentación de peticiones o eventos del juicio (ejemplo art. 404 Presentación de Tercerías), a través de formularios *online* con lo cual se introducían métodos informáticos. El proyecto establecía soluciones como la del uso de tecnologías de la información en varios de sus articulados para no dilatar el proceso, expuesto en el Art. 336:

> […] Las personas podrán presentar sus demandas y solicitudes en línea a través de una plataforma Web que permitirá la utilización de formularios sencillos, claros y preestablecidos. De igual modo, las personas podrán entablar comunicaciones con el tribunal a través de cualquier medio idóneo. […]

Asimismo, para reducir tiempos de espera, el proyecto proponía que las notificaciones judiciales (que no fueron dictadas en audiencia) sean informadas a través de correo electrónico (Art. 91), a las 24 horas siguientes al pronunciamiento de la decisión (actos que se realiza en el sistema actual, sin la entrada en vigencia del nuevo código). De esta manera planteaba, silenciosamente, la desaparición de los casilleros judiciales y fomentaba el uso de la firma electrónica.

3.2 Proyecto de Código General del Proceso (C.G.P.)

Posterior a la presentación final y formal de C.P.U. por el CEJA, y tras las mesas de trabajo realizadas en las distintas ciudades citadas anteriormente, el Consejo de la Judicatura exhibió el Proyecto de Código General del Proceso cuyo último borrador es del mes de agosto del año 2012. En base a ese borrador se desarrollará este acápite.

Se podría decir que el C.G.P. es una "evolución" del proyecto C.P.U., guardando gran parte de sus articulados y preceptos generales. El cuerpo legal está concebido en "un proceso declarativo general con una audiencia única y tres procesos especiales"[15], siendo los últimos: a) Procedimiento Declarativo b) Procedimiento Simplificado c) Procedimiento de gestiones voluntarias. La estructura del proyecto contempla 421 articulados asignados en seis libros, los cuales se encuentran divididos de la siguiente forma: Principios Básicos, Disposiciones Comunes a todo Procedimiento, Procedimientos Declarativos, Procedimientos y Gestiones Especiales, Vías de impugnación y Fase de Ejecución.

A partir del artículo 1 en el Título Preliminar del proyecto se vislumbra la importancia del mismo, es allí donde establece la aplicabilidad del C.G.P. en materias "[…]civil, laboral, familia, mujer, niñez y adolescencia, inquilinato, contencioso administrativo, contencioso tributario[…]."[16] Acotando que la ley podrá insertar más materias a esta lista, claro está, que esto será siempre que no sean materias de naturaleza penal.

El sistema escrito, se traduce en respaldos materiales, archivados un cuerpos legales, de lo actuado por las partes y el juzgador en un proceso determinado. Es decir, todos los escritos presentados al juzgador y/o emitidos por él (prueba, sentencia, aclaración, etc.), las actividades, circunstancias y hechos de la controversia se reflejan en un archivo del caso. Ulteriormente, éste podría servir como constancia de lo actuado en primera instancia para apelación y casación.

El C.G.P, a través de un sistema implementado por el Consejo de la Judicatura, expone en el Art. 15 tercer inciso que "todas audiencias serán videograbadas"[17], y se las llevará a cabo de manera continua con la posibilidad de que sean prolongadas, constituyéndose la grabación en la constancia necesaria para instancias futuras. El margen de tolerancia para asistir a las diligencias judiciales es, conforme lo señala el Art. 68, de diez minutos desde la hora fijada.

Como dato atrayente consta el tipo de sentencias que se dividen, sigue en parte los lineamientos del Código actual en cuanto al tipo de juicios, según el Art. 131, en: a) declarativas (existencia o inexistencia de un derecho, entiendo que aquí se incluirán a los juicios ejecutivos), b) constitutivas (crean, modifican o extinguen un estado jurídico), c) condenatorias (cum-

15 Rodríguez Paulo, *Oficio N. 411-P-CJ-AG-2012*, Presidente del Consejo de la Judicatura, 20 de agosto de 2012.

16 Consejo Nacional de la Judicatura, *Proyecto de Código General del Proceso*, pág. 3, agosto de 2012.

17 *Ibíd*, pág. 7.

plimiento de una prestación). Es fácil percatarse que las primeras y las segunda son iguales y no hacen más que declarar un derecho, tan es así que el Art. 132 del proyecto reconoce la igualdad en su cumplimiento.

Un tema muy interesante es el enfoque que el proyecto quiere dar al principio escriturario. La demanda, los actos de mero trámite y la contestación a la demanda serán presentados de manera escrita conforme lo establece el proyecto. Como fue señalado anteriormente (revisar numeral 1.2) no hay sistemas puros, y el nuestro no será la diferencia.

Otro punto llamativo del proyecto es el tratamiento que da a las materias contencioso administrativa y tributaria en un Título Especial y con normas ajenas a las generales que el mismo plantea para los demás procesos. Al analizar el C.G.P, es fácilmente detectable que lo único que ha hecho el Consejo de la Judicatura en esta sección es una transcripción integra de lo señalado en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa promulgada en el año 1968. Los plazos de presentación tanto para la acción objetiva, subjetiva y lesividad, son exactamente los mismos.

En el procedimiento declarativo general, planteado en el proyecto, tanto la demanda como la contestación (Arts. 215, 217 C.G.P), tienen un contenido muy similar, por no decir exacto, al que establece el actual Código de Procedimiento Civil. Por lo tanto, la variación se da en lo posterior a dicha contestación, que en principio, es el proceso oral en si. Este, como lo establece el artículo 233, se dará de la siguiente forma: excepciones, teoría del caso, fase probatoria, informe en derecho y sentencia. Todos ellos serán llevados en la audiencia de juicio oral, alejándose de esta forma del principio escriturario.

Al igual que en el proyecto del CEJA, el C.G.P en el Art. 287 denota un procedimiento simplificado, el cual es un juicio declarativo cuya controversia, únicamente de materia civil o inquilinato, no excede los USD 7,950 (veinticinco remuneraciones básicas del trabajador) o de cuantía indeterminada. Por último, se abre la posibilidad para que, por acuerdo de las partes, anterior o una vez iniciado el proceso, opten por este procedimiento simplificado. El proceso "simple", no permite recurrir a la sentencia dictada, solamente a través del recurso de corrección ante el mismo juez, contraviniendo expresamente a una norma de carácter constitucional que señala en el artículo 86, numeral tercero, segundo inciso: "[…]Las sentencias de primera instancia podrán ser apeladas ante la corte provincial. […]". Asimismo, concede la opción de comparecer a juicio sin un abogado o procurador judicial. En los demás procesos sí es necesario contar con un abogado y se lo puede nombrar como señala el Art. 47: a) Ante notariado público b) Verbalmente en la audiencia.

3.3 Retos del sistema oral

Según Peyrano, los problemas que la oralidad enfrenta como sistema de procedimiento son: a) el peligro de la retórica, es decir, el sistema "se presta al uso y abuso de la oratoria vacía, y lo que resultaría más grave, que esa elocuencia estéril pueda derivar en el dictado de resoluciones injustas"[18], b) mayor onerosidad del juicio oral, siendo indiscutible que el sistema oral requerirá de una partida presupuestaria más amplia a la actual debido a que, la misma, demanda un mayor espacio físico, c) lo cual se traduce, a su vez, en una necesitad mayor de personal, el cual debe contar con la preparación para enfrentar un nuevo sistema.

Uno de los grandes desafíos del sistema oral será el de desvanecer el problema de la ineficiencia y lentitud encontrada en el despacho de causas en el sistema escriturario. Actualmente, al llevarse todo en un folio o archivo, el mismo puede ser represado, por el tiempo que la función judicial lo requiera, en estanterías. En otras palabras, no hay una necesidad "real" en el despacho de éstas.

Adicionalmente, y como se lo señaló antes, el sistema en discusión necesita de una formación técnica psicológica de cada uno de los funcionarios de la función judicial. Desde el amanuense hasta el juez, ambos deben recibir una amplia capacitación para poder actuar en procedimientos inmediatos. A su vez el juez "debe estar dotado de una particular resistencia a la fatiga que pudiera provocarle el escuchar a extensas o numerosas audiencias."[19] Sobre la demora en el sistema judicial el mismo autor señala que "tiene escasa relación con la forma escrituraria u oral […] y la implementación de juicios orales no ha conllevado una mayor celeridad en el pronunciamiento de la definitiva."[20]

Como establece Chiovenda, la mudanza a un sistema

18 Jorge Peyrano, *El Proceso Civil*, Buenos Aires: Astrea, 1978, p. 315.

19 *Ibíd.* p. 319.

20 *Ibíd.* p. 316.



oral no permite que los actos procesales tengan lugar con personas distintas, es decir que, si un proceso comienza con determinado juez el mismo deberá ser concluido a cargo y en conocimiento pleno de dicho juez. Este punto se configura como un gran reto, que deberá ser abordado antes de la implementación plena del sistema oral. [21]

Es necesario esclarecer que el deseado paso a la oralidad, planteado en la Constitución, no va a borrar la escritura de ciertas instancias o momentos procesales, véase la presentación de la demanda y la constatación de la misma en el proyecto. Se demuestra que en el futuro (si es aprobado el C.G.P), aunque en menor medida, también se llevarán cuerpos procesales, boletas escritas, transcripciones de procesos, etc. En forma similar aparece el inconveniente de la doble instancia en el sistema oral. Surge la pregunta de en qué forma el juez de apelación o, en algunos casos, el de casación, resolverá siguiendo el formato oral. A manera de solución lo que se ha planteado es el conocimiento del caso por los jueces superiores a través de medios escritos (folio) o electrónicos (video), con lo cual el sistema oral pierde totalmente su celeridad e inmediatez. El proyecto como tal no plantea una solución clara, pero sí establece que dependerá del caso apelado en donde se señala que el método común será el de presentar un escrito solicitando apelación y de ser aceptado el mismo se realizará una nueva audiencia en Corte Provincial.

4. Conclusiones y comentario personal

La situación actual es casi inaudita. Después de más de cuatro años con la Constitución de Montecristi, en donde se establece la sustanciación de todos los procesos por vía oral, todavía en el Ecuador nos encontramos con la mayoría de procesos realizados de manera escrita. Es claro, además, que el sistema actual no da abasto, y si no se toman las medidas necesarias, en algún momento el sistema oral colapsará. Es por esta razón, que la Comisión de Justicia y Estructura del Estado y la Asamblea Nacional tienen una ardua labor para lograr estructurar un Código que diseñe en sistema de procedimiento oral lógico y una normativa se sea sostenible en un futuro.

Es así que el proyecto de Código General del Proceso es de una importancia exponencial. Sin embargo, no hay que tomar a la ligera su entrada en vigencia, siendo necesario que antes de su aplicación a nivel nacional, se propongan pequeños escenarios de prueba en jurisdicciones donde la carga procesal sea menor y el sistema pueda ser puesto en práctica a manera de proyecto piloto. Si se encuentra, después de ser estudiado y probado, que el sistema funcionó, cabría su plena vigencia a nivel nacional.

Adicionalmente, es necesario que se corrijan varias falencias del proyecto y se llenen ciertos vacíos que el CEJA ha dejado a discreción del Consejo de la Judicatura y éste las pasó a la Asamblea, en donde el C.G.P. no ha sido debatido todavía. Las falencias son esclarecidas como parte del presente trabajo, detectando, como circunstancias agravantes del retraso en la discusión del proyecto, que el mismo no cuenta con disposiciones transitorias, la falta de las misma dificultará el trabajo de la Comisión de Justicia y Estructura del Estado.

El proyecto en sí acoge valiosos principios de derecho y los traduce en normativa, que en principio van a ser cumplida por los usuarios del sistema, estos son los elementos de celeridad e inmediatez, en el que el juez tiene un papel primordial e imparte justicia en el momento mismo de la audiencia, sin dilaciones o esperas innecesarias. A su vez, el proyecto asume el principio de gratuidad en todas sus partes, logrando de esta forma un acceso a la justicia total. No obstante hay que recordar que plasmar principios en un cuerpo legal no asegura su cumplimiento por las función judicial. Un ejemplo de esto es la oralidad recogida en la Constitución de 1998, tema que no fue implementado en su totalidad, igualmente los principios han sido recogidos por normativa vigente, se han realizado varias reformas legales y aun así los tiempos de espera cambian muy poco.

Es debido a que se plantea un procedimiento oral y uniforme para todo el sistema procesal ecuatoriano (con excepción de la materia penal), que nos encontramos, pues, con una necesidad imperiosa de cambio, que involucra desde la enseñanza del derecho al ejercicio profesional. La oralidad plantea un reto para cada una de las personas relacionas al sistema jurídico ecuatoriano que, en una amplia perspectiva, podríamos decir que es toda la población ecuatoriana, ya que en algún momento, se verá afectada por el avizorado cambio.

21 Jose Chiovenda, *Principios de Derecho Procesal Civil,* Madrid, Reus, 1922.

El presente trabajo no solo es primogénito en el estudio de los proyectos C.P.U y C.G.P, totalmente inexplorado en la República del Ecuador, sino que, además, esclarece cómo el cambio de sistema procesal se proyectará en la sociedad jurídica y particularmente en las escuelas de Jurisprudencia del país. En donde la enseñanza de litigación oral es, actualmente, nula o relegada a un papel secundario. Materia que se será el denominador común en las mallas de derecho y su estudio será esencial/obligatorio para cada uno de los profesionales del derecho.

5. Bibliografía

Alsina Hugo, *Tratado Teórico Practico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, 2da. Buenos Aires, Ediar, 1961.

Consejo Nacional de la Judicatura, CEJA, *Proyecto de Código Procesal Unificado*, abril de 2012.

Consejo Nacional de la Judicatura, *Proyecto de Código General del Proceso*, agosto de 2012.

Constitución de la República del Ecuador. Artículo 421. Registro Oficial No.449 de 20 de octubre de 2008.

Centro de Estudios de Justicia de las Américas, *Presentación Código Procesal Unificado Ecuador*, abril 2012.

Couture Eduardo, *Fundamentos del Derecho* Procesal, 3er. Ed., Buenos Aires: Depalma, 1997.

Couture Eduardo, *Proyecto Couture*, Exposicion de motivos.

Chiovenda José, *Principios de Derecho Procesal Civil,* Madrid: Reus, 1922.

Duce Mauricio y Baytelman Andrés, *Litigación penal Juicio oral y prueba*, México: Fondo de Cultura Económica, 2005.

Hidalgo Luis, *La oralidad de todos los procesos judiciales*. http://www.lexis.com.ec/lexis/Editoriales.aspx

M. Falcón Enrique, *Tratado de Derecho Procesal Civil Comercial y de Familia*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2006.

Peyrano Jorge, *El Proceso Civil*, Buenos Aires: Astrea, 1978.

Ruales Petronio, Gerente de Proyecto, Consejo de la Judicatura, *Entrevista realizada el 28 de junio de 2012 en la ciudad de Quito*. Entrevistador: José Elías Bermeo.

Véscovi Enrique, *Teoría General del Proceso*, 2da. Ed., Bogotá: Temis, 1999.

LAW REVIEW

Nicole Galindo Sánchez

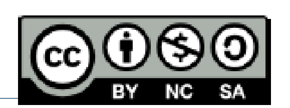
nicole.galindo@estud.usfq.edu.ec

La reforma al mecanismo de medidas cautelares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Repercusiones en el marco de protección de derechos humanos del sistema interamericano

Resumen

Más de 50 años han transcurrido desde la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), órgano encargado de la promoción y protección de los derechos humanos reconocidos en varios instrumentos del sistema regional. Para lograr este propósito, la Comisión realiza tareas que incluyen la recepción de quejas individuales, compilación de informes sobre el cumplimiento de las obligaciones estatales en virtud de los documentos regionales de derechos humanos, investigación y monitoreo de situaciones específicas, y adopción de medidas cautelares en casos de gravedad y urgencia. En relación a este último, en razón de varias medidas cautelares adoptadas en países como Brasil, Ecuador y Venezuela, desde el año 2010 se comenzó una campaña de desacreditación de este mecanismo de la CIDH seguida por el llamamiento a la implementación de reformas al sistema. Las propuestas de reforma incluyen el desarrollo de criterios para el otorgamiento, conservación y levantamiento de las medidas, la elaboración de parámetros objetivos para determinar qué situaciones reúnen la "gravedad" y "urgencia" requeridas para el otorgamiento de medidas, entre otras. Este artículo tiene como objetivo analizar el impacto que dichas propuestas de reforma podrían tener en el mecanismo de medidas cautelares y, consecuentemente, en la protección de los derechos humanos consagrados en diversos documentos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Palabras clave: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Medidas cautelares, Organización de Estados Americanos, Sistema Interamericano de Derechos Humanos





1. Introducción

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) es uno de los principales órganos autónomos de la Organización de los Estados Americanos (OEA) cuya principal tarea es la promoción y protección de los derechos humanos consagrados en diversos instrumentos del sistema regional. Desde su creación en 1959, el trabajo de la Comisión ha consistido en verificar que los Estados miembros de la OEA y los Estados que son parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos cumplan con sus obligaciones en materia de derechos humanos.[1] Para lograr este objetivo, la Comisión ha realizado tareas que incluyen la recepción de quejas individuales sobre incumplimiento de las obligaciones estatales, la compilación de informes sobre la situación general de derechos humanos en la región y, en escenarios específicos, la adopción de medidas cautelares para casos urgentes, la investigación y monitoreo de situaciones de derechos humanos a través de grupos de trabajo y relatorías especiales, entre otras.

En relación a la labor que ha realizado para la protección y promoción de derechos humanos en el continente americano, desde hace varios años se ha planteado la necesidad de fortalecer el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH) y, consecuentemente, de reformar la CIDH. Esta fue una de las grandes preocupaciones de la I Cumbre de las Américas y de varias sesiones de la Asamblea General de la OEA desde 1996, lo cual se ha visto reflejado en las Resoluciones de la Asamblea General No. 1828, 1890, 2075, entre otras. En la actualidad, muchos de los Estados miembros de la OEA han realizado una fuerte campaña mediática y ejercido presión diplomática para que mecanismos esenciales de la maquinaria de la CIDH como las relatorías especiales y aplicación de medidas cautelares, al igual que la asignación de recursos para su financiamiento integral sean reformados. A continuación se analizará la evolución del mandato de la CIDH a lo largo del tiempo para posteriormente analizar las propuestas de su reforma, específicamente en relación al mecanismo de medidas cautelares y el impacto que tendrían en el desenvolvimiento de las principales funciones de la Comisión en materia de promoción y protección de los derechos humanos.

1Comisión Interamericana de Derechos Humanos. "Qué es la CIDH?" Internet: http://www.oas.org/es/cidh/mandato/que.asp

2. Mandato de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

2.1 Evolución del mandato de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Durante la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores en 1959 se adoptó la Resolución VIII, la misma que encomendó al Consejo Interamericano de Jurisconsultos la creación de una Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) encargada de la promoción y el respeto de tales derechos.[2] Un año después, el Consejo de la Organización de Estados Americanos (OEA) aprobó el Estatuto de la CIDH, cuyo artículo 9 claramente limitaba las funciones de la Comisión a estimular la conciencia de los derechos humanos en los países de la región, a formular recomendaciones para que los gobiernos adopten medidas para favorecer el cumplimiento de los derechos humanos, a preparar los informes considerados pertinentes para el desarrollo de sus funciones, a solicitar información a los gobiernos de la región y a servir como órgano consultivo de la OEA en materia de derechos humanos.[3] Adicionalmente, se determinó que la CIDH estaría compuesta por siete miembros elegidos por el Consejo de la OEA, bajo recomendación de los Estados miembros, los cuales serían personas de alta autoridad moral y de reconocida competencia en materia de derechos humanos. Esta disposición sigue vigente hasta la actualidad.

Con el paso del tiempo, la Comisión comenzó a interpretar su Estatuto de tal manera que comenzó a realizar informes periódicos de la situación derechos humanos en la región en ámbitos generales (ie. la vigencia del derecho a la vivienda) al igual que de casos puntuales en los países miembros (ie. la situación del derecho a la libertad de expresión en el país XYZ). Adicionalmente, se otorgó a sí misma la facultad de conocer quejas o denuncias provenientes de particulares y, luego de haber recibido información pertinente de los Estados concernientes, elaborar recomendaciones a los mismos.[4] Posteriormente, el Protocolo de Buenos Aires, entrado en vigor en 1970, reformó el artículo 51 de la Carta de la OEA para convertir a la CIDH en un órgano principal de este organismo. Un año antes de la entrada en vigencia del Protocolo de Buenos Aires, en 1969, se suscribió la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), la misma que entró en vigor en 1978 y cuyo artículo 41 delimitó las funciones de la CIDH al tenor de las ya previstas por su Estatuto.[5] La CADH estableció como cinco primeras funciones las ya existentes según el Estatuto de la CIDH, a las que se sumaron las de "f) actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad (...) y g) rendir un informa anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos."[6]

Posteriormente, la Asamblea General de la OEA mediante Resolución No. 447 (IX-O/79) de 1979 reformó el Estatuto de la CIDH, otorgándole ocho funciones con relación a los miembros de la Organización[7] y adicionalmente seis más con relación a los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mismas que se encuentran en los artículos 18 y 19 del Estatuto de la CIDH, respectivamente.[8] En la actualidad, además del Estatuto, la CIDH funciona en virtud de lo establecido en su Reglamento, el mismo que fue inicialmente adoptado por la Comisión en sus Décima y Duodécima sesiones para ser posteriormente enmendado en varias ocasiones hasta ser adoptado el nuevo Reglamento en el período ordinario de sesiones número 137 en el año 2009.[9] En la actualidad, en función de la Carta de la OEA, la Convención Ameri-

2Faúndez, Héctor. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos* Humanos (Tercera Edición). Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004. Página 34.

3Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

4Estas facultades no previstas inicialmente en el Estatuto de la CIDH fueron formalizadas mediante Resolución XXII de la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria de Río de Janeiro en 1965.

5Faúndez, Héctor. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos* Humanos (Tercera Edición). Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004. Página 51.

6Artículo 41 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

7Artículo 18 del Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

8Artículo 19 del Estatuto de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

9El Reglamento de la CIDH fue reformado el 2 de septiembre del 2011.



cana sobre Derechos Humanos, el Estatuto de la CIDH y el Reglamento de la CIDH, la Comisión funciona con base a tres pilares de trabajo que son el Sistema de Petición Individual, el monitoreo de la situación de los derechos humanos en los Estados Miembros y la atención temas prioritarios.[10] Entre estos pilares de trabajo se encuentran las relatorías y grupos de trabajo[11], el mecanismo de presentación de peticiones referentes a presuntas violaciones de derechos humanos reconocidos en los instrumentos regionales[12], el establecimiento de medidas cautelares en situaciones de gravedad y urgencia[13], investigaciones *in loco* en estados que se alegue han cometido violaciones a derechos humanos[14] e informes anuales a la Asamblea General e la OEA y a Estados miembros.[15]

En definitiva, lo relevante de la evolución de funciones de la CIDH no radica en el hecho de que a las existentes inicialmente se sumaron otras posteriores con el tiempo. Más importante aún, radica en el hecho de que al haber diferentes documentos internacionales otorgando potestades a la CIDH la forma de modificar estas potestades pasó de ser únicamente a través de una modificación de su Estatuto a incluir modificaciones en la CADH o modificaciones en el reglamento de la CIDH. A continuación se analizará una de las funciones de la CIDH, el establecimiento de medidas cautelares, tomando en cuenta que es precisamente a través de modificaciones en el Reglamento de la CIDH que se busca en la actualidad reformar la forma de establecer medidas cautelares.

2.2 Mecanismo de medidas cautelares

En función del numeral 1 del artículo 25 del Reglamento de la Comisión, en caso de gravedad y urgencia la Comisión puede, a iniciativa propia o a petición de parte, solicitar al Estado concerniente la adopción de medidas cautelares para evitar daños irreparables a las personas involucradas o al objeto del proceso en conexión un caso pendiente.[16] Estas medidas también pueden ser solicitadas con autonomía de la existencia de casos pendientes ante la Comisión, lo cual responde al hecho de que en muchos casos de no tomarse acciones inmediatas y concretas ocurrirían daños irreparables aún cuando no haya un caso puntual en conocimiento de la CIDH. La razón de ser de las medidas cautelares es proteger a individuos o grupos de personas que se encuentran en inminente daño y que incluso los propios Estados afirman "han sido mecanismos de tutela muy importante para garantizar la efectiva vigencia de los derechos humanos en situaciones de altísima gravedad y urgencia."[17] Por lo tanto, las dos funciones que cumplen las medidas cautelares son la de "cautelar", en el sentido de preservar una situación jurídica que se encuentra en conocimiento de la CIDH a través de impedir ejecuciones de medidas judiciales, administrativas o de otra índole y de "tutelar", en el sentido de preservar el goce y ejercicio de los derechos humanos incluso cuando no existan casos pendientes en la CIDH.[18]

Estas medidas incluyen protección individual así como protección de naturaleza colectiva a grupos de personas que han incluido a lo largo de los años, entre otros, a defensores de derechos humanos, periodistas y sindicalistas, agrupaciones indígenas, comunidades LGTBI y grupos vulnerables. En relación al establecimiento de medidas cautelares como mecanismo de protección del objeto del proceso se han dado las mismas en temas de protección del medio ambiente, protección del derecho a la salud y familia, la forma de vida de pueblos indígenas en territorios ancestrales, entre otros.[19] Además, para que existan estas medidas deben cumplirse tres requisitos que son: la necesidad de evitar daños irreparables, la gravedad y urgencia del caso, y que el objeto de la medida sea evitar la consumación del daño irreparable pero todo analizado en relación al caso particular, sin que existan criterios estrictos preestablecidos en relación a cada uno de los

10 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. "Qué es la CIDH?". Internet: http://www.oas.org/es/cidh/mandato/que.asp.

11 Artículo 15 del Reglamento de la CIDH.

12 Artículo 23 del Reglamento de la CIDH.

13 Artículo 25 del Reglamento de la CIDH.

14 Artículo 39 del Reglamento de la CIDH.

15 Artículos 59 y 60, respectivamente, del Reglamento de la CIDH.

16 Numeral 1 del artículo 25 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

17 Comisión Internamericana de Derechos Humanos. *Medidas cautelares.* http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp. (acceso: 24 enero 2013)

18Ibid.

19Ibid.

requisitos puesto que en general cada análisis depende de la naturaleza del riesgo y daño que se pretende evitar en el caso concreto.[20]

No obstante, la urgencia a la que se refiere uno de estos requisitos consiste en que la amenaza o riesgo que justifica la solicitud de medidas cautelares debe ser inminente. Esto implica que la respuesta debe ser inmediata, por lo que se hace un análisis de oportunidad y temporalidad de la medida cautelar solicitada. En cuanto al elemento de gravedad, la CIDH toma en cuenta elementos como "el grado de las amenazas, identificación del origen de las mismas, denuncias formuladas antes las autoridades, medidas de protección ya otorgadas, cronología y proximidad en el tiempo de las amenazas" para justificar el otorgamiento de medidas cautelares.[21] Además, tanto en el caso de gravedad como de urgencia la CIDH toma en consideración elementos del país al que se refiere la solicitud como "existencia o no de conflictos armados, vigencia de estados de emergencia, grados de eficacia del sistema judicial, indicios de discriminación contra grupos vulnerables, separación de poderes y controles del poder ejecutivo sobre los demás poderes."[22] Finalmente, en cuanto al requisito de irreparabilidad del daño, la CIDH ha tomado en cuenta que haya una probabilidad razonable de que tengan lugar los hechos que fundamentan la solicitud y que el daño no recaiga sobre bienes jurídicos que puedan ser reparables para poder otorgar medidas cautelares.[23]

Tomando en cuenta el artículo 25 numeral 3 del Reglamento de la CIDH, la Comisión puede solicitar información a las partes interesadas sobre los asuntos relacionados tanto a la adopción como a la vigencia de las medidas cautelares, por lo que puede solicitar información a los Estados antes de establecerlas. Una vez otorgadas las medidas cautelares, si esta ha sido la decisión de la CIDH, la Comisión usa varios mecanismos para verificar el cumplimiento de y hacer seguimiento de las mismas, entre los que se incluyen el intercambio de comunicaciones, reuniones de trabajo o audiencias, reuniones de seguimiento a través de visitas *in loco*, comunicados de prensa, informes temáticos o sobre un país específico.[24]

2.3 Justificación legal para el otorgamiento de medidas cautelares

El Reglamento de la CIDH es el único documento que permite que la Comisión establezca medidas cautelares pero, además de este documento, la Comisión se ha amparado en el artículo 41 literal b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos para justificar el establecimiento de este tipo de medidas puesto que este artículo establece que la Comisión puede "formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales (...)."[25] Asimismo, el artículo 18 literal b) del Estatuto de la CIDH reproduce este contenido y le confiere a la Comisión la facultad de emitir recomendaciones a los gobiernos, lo que, interpretado por la propia Comisión, es el fundamento legal para poder solicitar medidas cautelares a los Estados miembros de la OEA y a los Estados parte de la Convención puesto que ha interpretado que el otorgamiento de medidas cautelares estaría dentro del marco de las "recomendaciones" que ambos documentos le permiten dar.

El 29 de noviembre de 2011, el entonces Secretario Ejecutivo de la CIDH Santiago Cantón, con motivo del fortalecimiento del SIDH, manifestó al Consejo Permanente de la OEA que:

> Las medidas cautelares son la herramienta más eficaz para proteger la vida y la integridad personal de miles de personas en el continente americano. A través de este mecanismo, la Comisión informa a un Estado Miembro que ha sido notificada de esa situación de riesgo, y le solicita que adopte las medidas necesarias para proteger a la persona o grupo.[26]

Si bien no está expresamente enunciado en la Carta de la OEA, la Convención Americana sobre Derechos

20 Numeraal 1 del artículo 25 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

21 Comisión Internamericana de Derechos Humanos. *Medidas cautelares.* http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp. (acceso: 24 enero 2013)

22 Ibid.

23Ibid.

24Ibid.

25 Literal b) del artículo 41 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

26 Consejo Permanente de la OEA. "Presentación de la Secretaría Ejecutiva de la CIDH sobre el Tema "Medidas Cautelares". GT/SIDH/INF.43/11. Página 1.

Humanos y otros documentos afines, el Secretario Ejecutivo afirmó que el otorgamiento de medidas cautelares ha sido aceptado y respetado por los Estados miembros[27], por lo que a lo largo de los últimos 30 años, estas medidas han sido eficaces en casos en muchos de los países de la región siendo destacable el caso de la medida cautelar oportunamente solicitada al gobierno de Panamá en el caso del periodista Gustavo Gorriti que derivó en una solución amistosa entre el periodista y el gobierno.[28] Entre las medidas cautelares más recientemente establecidas por la CIDH se encuentran la MC 370/12 destinada a que Guatemala garantice la vida e integridad de 334 pacientes del Hospital Federico Mora que vivían en condiciones de riesgo inminente y la MC 350/12 a través de la cual se solicitó al gobierno de Cuba que garantice la vida y seguridad de la ciudadana Yoani María Sánchez Cordero, reconocida *bloggera* opositora al régimen de gobierno, y de su familia. Finalmente, uno de los casos que tuvo mayor impacto en el Ecuador fue el MC 406/11 cuando, el 21 de febrero de 2012, la CIDH otorgó medidas cautelares a favor de Emilio Palacio, Carlos Nicolás Pérez Lapentti, Carlos Pérez Barriga y César Pérez Barriga. La CIDH justificó su accionar puesto que consideró que la sentencia del 15 de febrero de 2012 de la Corte Nacional de Justicia del país, confirmando la sentencia que condena a las personas antes mencionadas a tres años de prisión y al pago de 40 millones de dólares, podría constituir daños irreparables al derecho de libertad de expresión de los mismos. Estas medidas fueron levantadas el 9 de marzo del mismo año tras pedido de los solicitantes de que se procediera de esa manera en razón de que las causas de urgencia que las habían motivado habían cesado.[29]

Sin embargo, pese al indudable éxito de muchas de las medidas cautelares y a su amplio uso reciente (entre el 2005 y el 2009, la CIDH lo utilizó en el 10% de los casos, mientras que en el 2010, de las 375 solicitudes de medidas cautelares que recibió la concedió en 68, es decir, en el 18% de los casos[30]) muchos gobiernos han reaccionado de manera negativa a las mismas, particularmente cuando el involucrado es el Estado puesto que son ellos quienes se encargan de criticar tajantemente al sistema de medidas cautelares y al buscar no aplicarlas. Uno de estos casos es Brasil, cuya mandataria Dilma Rousseff decidió no solo abandonar su lugar en la Comisión sino que decidió suspender los 800.000 dólares de contribución anual para la CIDH, como respuesta a la medida cautelar MC 382/10 a favor de las comunidades indígenas de la cuenca del río Xingu en Pará que se otorgó con el fin de evitar la construcción de la represa de Belo Monte.[31] A raíz de esta decisión, otros mandatarios latinoamericanos como el ecuatoriano Rafael Correa, el boliviano Evo Morales y el venezolano Hugo Chávez se sumaron a la Presidenta brasileña para comenzar una fuerte campaña de desacreditación de la CIDH que culminaría en la promoción de medidas reformatorias restrictivas de las facultades de la misma.

3. Propuestas de reforma a la CIDH

3.1 Fundamento legal para las reformas a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Al ser un órgano autónomo de la OEA, la CIDH tiene un mecanismo propio de trabajo en relación con las funciones que le fueron otorgadas por la Carta de la OEA, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y finalmente su propio Estatuto. Para cambiar el funcionamiento de este órgano se requiere de una reforma en cualquiera de estos instrumentos, que es precisamente lo que muchos Estados de la OEA plantean hacer. El artículo 22 del Estatuto de la CIDH, adoptado por la Asamblea General de la OEA, establece en su primer numeral que el mismo puede ser modificado por la Asamblea General. Tomando en cuenta que su segundo numeral establece que "La Comisión formulará y adoptará su propio Reglamento de acuerdo con el presente Estatuto"[32] si la Asamblea General de la OEA, formada por representantes de los Esta-

27Ibídem.

28Faúndez, Héctor. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos* Humanos (Tercera Edición). Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004. Página 389.

29 Comisión Internamericana de Derechos Humanos. *Medidas cautelares.* http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp. (acceso: 24 enero 2013)

30González, Felipe. "Las medidas urgentes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos". Revista Sur, Volúmen 7, Número 13, 2010. Página 67.

31Radio Mundo Real. "De salida". Internet: http://www.radiomundoreal.fm/De-salida?lang=es

32Artículo 22 del Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

dos miembros, decide en algún momento reformar el Estatuto de la CIDH, el reglamento de esta también debería modificarse para estar en concordancia con el Estatuto. Precisamente, es este el mecanismo que los Estados miembros de la OEA han escogido para reformar el funcionamiento de la Comisión que, como lo demuestra la interpretación propia que hizo de las funciones envestidas en ella durante sus primeros años, ha dependido casi en exclusividad de la misma Comisión excepto en temas presupuestarios que, como establece el literal h) del artículo 18 de su Estatuto, deben ser decididos por la Asamblea General tras ser recomendados por la Comisión al Secretario General y este a su vez a la Asamblea.[33]

3.2 Propuestas de reforma del mecanismo de medidas cautelares

La Asamblea General de la OEA en su cuarta sesión plenaria celebrada el 7 de junio del 2011 aprobó la resolución AG/RES. 2675 (XLI-O/11) encomendando al Consejo Permanente de la OEA la creación de un Grupo de Trabajo encargado de proponer soluciones para mejorar el SIDH.[34] En su Sesión Ordinaria del 29 de junio de 2011, decidió crear el "Grupo de Trabajo Especial de Reflexión sobre el Funcionamiento de la CIDH para el Fortalecimiento del SIDH" encargándole la elaboración de un informe que le fue presentado el 14 de diciembre del mismo año, en la correspondiente sesión ordinaria. El Informe del Grupo de Trabajo estableció una serie de recomendaciones a la Secretaría General de la OEA, a la CIDH y a los Estados miembros para superar los desafíos que también fueron destacados, y entre las que encuentran las relativas al mecanismo de medidas cautelares. Durante la primera sesión ordinaria del año del Consejo Permanente, el 25 de enero del 2012, los 34 países presentes aprobaron por unanimidad este informe, el mismo que fue posteriormente aprobado por la Asamblea General en su cuarta sesión plenaria del 5 de junio del 2012 en Cochapamba.[35]Asimismo, a raíz de la petición de la Asamblea General al Comité Jurídico Interamericano de elaborar un estudio sobre cómo reformar el SIDH, en su informe "Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Protección y Promoción de los Derechos Humanos" (CJI/Res. 192 (LXXX-O/12)) el Comité Jurídico Interamericano realizó varias recomendaciones similares a las realizadas por el Grupo de Trabajo.

Específicamente en relación con el mecanismo de medidas cautelares de la Comisión ambos informes sugieren, entre otras cosas:

"Definir y divulgar criterios o parámetros objetivos más precisos para el otorgamiento, revisión y, en su caso, prórroga o levantamiento de medidas cautelares"[36]

"Definir criterios o parámetros objetivos para determinar qué situaciones reúnen la "gravedad" y "urgencia" requeridas, así como para determinar la inminencia del daño, tomando en consideración los distintos grados de riesgo."[37]

"Fundar y motivar, jurídica y fácticamente, el otorgamiento, revisión y, en su caso, prórroga o levantamiento de medidas cautelares.

Explicitar los elementos factuales que le sean presentados, así como los elementos ofrecidos que comprueban la veracidad de los hechos.

Proporcionar una lista de los artículos de los instrumentos internacionales que permiten el examen de la CIDH de la petición presentada.

33Numeral h) del artículo 22 del Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

34Comité Jurídico Interamericano. "Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Protección y Promoción de los Derechos Humanos" (CJI/doc.400/12 rev 3). 9/03/2011.

35Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. "Seguimiento de las Recomendaciones del "Informe del Grupo de Trabajo Especial de Reflexión sobre el Funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos". AG/RES/2761 (XLII-O/12). Artículo 2.

36Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos. " Informe del Grupo de Trabajo Especial de Reflexión sobre el Funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos par el Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos para la consideración del Consejo Permanente". GT/SIDH-13/11 rev. 2. 13/12/2011. Página 11.

37Ibídem. y Comité Jurídico Interamericano. "Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Protección y Promoción de los Derechos Humanos" (CJI/doc.400/12 rev 3). 9/03/2011. Página 11.



Proporcionar una lista de los artículos de los instrumentos internacionales que reconocen los derechos cuya lesión se pretende evitar."[38]

En la respuesta de la CIDH al Consejo Permanente de la OEA respecto de las recomendaciones contenidas en el informe del Grupo de Trabajo, en relación puntual a aquella sobre el otorgamiento de medidas cautelares, la CIDH se pronunció de la siguiente manera. En relación a la primera recomendación la CIDH "considera adecuado adoptar resoluciones fundamentadas y motivadas para las decisiones de otorgamiento y levantamiento de las medidas cautelares"[39] para lo cual se formará un digesto que sistematice los estándares alcanzados y mejores prácticas en el otorgamiento de medidas cautelares. En relación al segundo comentario, la CIDH "valora la recomendación"[40] y menciona que la CIDH sí tiene un marco de alcance de los conceptos de gravedad y urgencia y que en muchos de los casos que se han solicitado medidas cautelares la CIDH las ha negado por no cumplir con este requisito. En relación a la tercera recomendación mencionada en este artículo, la CIDH menciona que elaborará resoluciones sobre el otorgamiento y levantamiento de medidas cautelares conforme a lo establecido en los artículos 18 y 19 del Reglamento de la CIDH.

A simple vista, las recomendaciones realizadas por los informes no tendrían una mayor implicación en la forma en que se ha venido manejando el otorgamiento de medidas cautelares en la CIDH. Sin embargo, la primera crítica que surgiría de analizar la primera y segunda recomendación es que, como fue mencionado anteriormente, la CIDH no ha desarrollado un criterio limitado de circunstancias en las que se otorgan medidas cautelares porque ha considerado que tal decisión depende mucho del caso concreto. Entonces, desarrollar un criterio limitado estaría impidiendo a la CIDH establecer medidas cautelares en casos que están fuera del marco de esas limitaciones y por lo tanto en tales casos se estaría dejando que individuos, grupos de personas, o el objeto de los procesos en conocimiento estén en inminente y grave riesgo o que, en el peor de los casos, se vean irremediablemente afectados. En cuanto a la tercera recomendación, considero personalmente que todas las decisiones de un órgano involucrado en la administración de justicia y en especial en la vigencia de derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas jurídica y fácticamente. No obstante, dada la prontitud con la que debe actuar la CIDH en relación al otorgamiento de medidas cautelares para evitar un daño irreparable, considero que en caso de no presentar una lista detallada de los artículos que amparan a la CIDH para actuar al igual que de los derechos que se estarían vulnerando no puede el Estado dejar de acatar las disposiciones de la CIDH en un intento de omitir su cumplimiento por la falta de cumplimiento a rajatabla de estos requisitos.

3.3 Implicaciones de la reforma del mecanismo de medidas cautelares en la protección de derechos humanos del SIDH

En su "Documento de Posición sobe el Proceso de Fortalecimiento del Sistema Interamericano para la Protección de los Derechos Humanos" aprobado el 8 de abril de 2012, la Comisión mencionó que para la revisión de su Reglamento en el 2009 ya había tomado en cuenta la posición de los Estados en relación a las sugerencias sobre medidas cautelares antes mencionadas.[41] Es decir, en la actualidad, lo que sugieren los informes del Grupo de Trabajo y del Comité Jurídico Interamericano ya fue considerado y en términos prácticos lo que recomiendan es seguir restringiendo el ámbito y criterio de aplicación de medidas cautelares aún más, lo cual podría implicar que menos casos puedan ser merecedores de medidas cautelares por no entrar en el criterio desarrollado, derivando quizás en el cometimiento de actos que causen daños irreparables simplemente por no estar los casos dentro de la lista de criterios y limitaciones que pretenden los informes

38Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos. " Informe del Grupo de Trabajo Especial de Reflexión sobre el Funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos par el Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos para la consideración del Consejo Permanente". GT/SIDH-13/11 rev. 2. 13/12/2011. Página 11.

39Comisión Interamericana de Derechos Humanos. "*Proceso de Reforma 2012*". Internet: http://www.oas.org/es/cidh/fortalecimiento/docs/RespCP.pdf (acceso: 23 enero de 2013)

40Comisión Interamericana de Derechos Humanos. "*Proceso de Reforma 2012*". Internet: http://www.oas.org/es/cidh/fortalecimiento/docs/RespCP.pdf (acceso: 23 enero de 2013)

41Comisión Interamericana de Derechos Humanos. "Documento de Posición sobe el Proceso de Fortalecimiento del Sistema Interamericano para la Protección de los Derechos Humanos". OEA/Ser.L/V/II. Página 7.

que la CIDH realice. Por lo tanto, restringir aún más el ámbito de aplicación de las medidas cautelares podría ser peligroso para la verdadera protección y vigencia de derechos humanos en la región.

Adicionalmente, existe otro aspecto preocupante en los informes y es que ambos mencionan que la aplicación de medidas cautelares no es una figura contemplada ni en la Convención Americana sobre Derechos Humanos ni en el Estatuto de la CIDH, sino únicamente en su Reglamento. Esto implica que si el Estatuto de la CIDH, que es lo que se busca reformar en el futuro, llegare a adoptar las medidas restrictivas que plantean los informes, o incluso otras adicionales, en virtud del artículo 22 numeral 2 del mismo, la CIDH debería reformar su Reglamento para ponerlo en concordancia con el Estatuto.

Un punto muy importante que tiene la Comisión al respecto, y que se manifestó en su Documento de Posición a los informes, es que si bien las recomendaciones han sido elaboradas por órganos puestos en funcionamiento para tal efecto, la Comisión debería ser la que recepte las recomendaciones y adapte su funcionamiento a las mismas, lo que ocurrió previo a la adopción de su nuevo Reglamento en el 2009.[42] Sin embargo, lo que está pasando en la actualidad es que la Asamblea General será la que considere los informes presentados, como ya lo hizo recientemente en su cuarta reunión anual, y como ocurrirá luego de que el Consejo Permanente emita, "sobre la base del informe, (...) propuestas para su aplicación en diálogo con todas las partes involucradas"[43] tras lo cual, en un plazo de 6 meses, la Asamblea General se reunirá para analizar este informe. Es decir que el órgano encargado de adoptar reformas de la CIDH será uno formado por representantes estatales y no por expertos en temas de derechos humanos como los miembros de la Comisión. Nuevamente, este aspecto es de especial preocupación porque los representantes de los Estados tienen una clara agenda política que muchas veces está en conflicto con la plena vigencia de los derechos humanos, por lo que dejar en ellos la reforma a uno de los órganos regionales más relevantes en la protección de derechos humanos es tomar un riesgo muy grande.

4. Conclusión

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos es sin duda uno de los órganos principales para la protección y promoción de los derechos humanos en el continente americano. Tanto es así que mucho antes de la adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ya se había llegado a la conclusión de que era necesario contar con un organismo encargado, en principio, de formular recomendaciones para la adopción de un documento vinculante de derechos humanos y, posteriormente, para velar por el cumplimiento del mismo.

En la actualidad, la Comisión tiene competencia para velar por el cumplimiento de las obligaciones estatales en materia de derechos humanos en relación a los Estados parte de la CIDH y en relación a los demás miembros no signatarios de la Convención que sí son Estados miembros de la OEA. Para cumplir a cabalidad con sus tareas, la Comisión ha diseñado mecanismos como el otorgamiento de medidas cautelares que a pesar de no estar contemplados en la Convención o la Carta de la OEA tienen un carácter obligatorio, reflejado en la jurisprudencia y legislación de varios Estados de la región, demostrando así la efectividad que tal función de la CIDH ha tenido por más de 30 años.

Si bien la CIDH es un organismo autónomo de la OEA, su financiamiento está limitado por las aportaciones estatales que, cada vez con más frecuencia, se ven restringidas por la voluntad política de los mismos. Esto ha ocasionado que las medidas tomadas en el seno de la Comisión, en otras circunstancias eficaces, se tornen obsoletas y no respondan a las necesidades actuales en cuanto a la protección eficaz de derechos humanos. Esta es una de las razones fundamentales para que los Estados miembros de la OEA promulguen una reforma que, si bien es cierto, es necesaria, especialmente con respecto al financiamiento del SIDH y por lo tanto de la Comisión, se ha convertido en el escudo para restringir la aplicación de mecanismos de la CIDH que tradicionalmente han eficazmente utilizados en pro de la vigencia de los derechos humanos. Este es el caso del mecanismo de medidas cautelares, cuya reforma fue analizada con anterioridad por los miembros de la

42 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. "Documento de Posición sobe el Proceso de Fortalecimiento del Sistema Interamericano para la Protección de los Derechos Humanos". OEA/Ser.L/V/II. Página 6.

43 Asamblea General de la OEA. "Seguimiento de las Recomendaciones del "Informe del Grupo de Trabajo Especial de Reflexión sobre el Funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanso para el Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos". AG/RES. 2761 (XLII-O/12. Página 1.



CIDH en consultoría con actores estatales y no estatales relevantes y que se vio reflejada en la reforma de su Reglamento interno. En la actualidad, se pretende volver a reformar el mecanismo, otorgando esta vez la facultad plena a los Estados, cuyos intereses políticos han estado en detrimento de la protección de los derechos humanos en incontables ocasiones, de reformar el SIDH. Las repercusiones que tal acción podría tener en la plena vigencia de los derechos humanos, y más aún en un mecanismo que se ha puesto en funcionamiento para evitar daños irreparables, analizada con anterioridad. Lo que resta decir es que el futuro del SIDH y en específico de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos estará decidido por la Asamblea General de la OEA en la Reunión Extraordinaria a tener lugar próximamente.

5. Bibliografía

Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. "Seguimiento de las Recomendaciones del "Informe del Grupo de Trabajo Especial de Reflexión sobre el Funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos". AG/RES/2761 (XLII-O/12).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. "Documento de Posición sobe el Proceso de Fortalecimiento del Sistema Interamericano para la Protección de los Derechos Humanos". OEA/Ser.L/V/II.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *" ¿Qué es la CIDH?"* Internet: http://www.oas.org/es/cidh/mandato/que.asp (acceso: 15 junio de 2012).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *"Medidas cautelares".* Internet: http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/cautelares.asp (acceso: 22 enero de 2013).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *"Proceso de Reforma 2012".* Internet: http://www.oas.org/es/cidh/fortalecimiento/docs/RespCP.pdf (acceso: 23 enero de 2013)

Comité Jurídico Interamericano. "Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Protección y Promoción de los Derechos Humanos" (CJI/doc.400/12 rev 3). 9/03/2011.

Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos. " Informe del Grupo de Trabajo Especial de Reflexión sobre el Funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos par el Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos para la consideración del Consejo Permanente". GT/SIDH-13/11 rev. 2. 13/12/2011.

Consejo Permanente de la OEA. "Presentación de la Secretaría Ejecutiva de la CIDH sobre el Tema "Medidas Cautelares". GT/SIDH/INF.43/11.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Faúndez, Héctor. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos* Humanos (Tercera Edición). Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.

González, Felipe. "Las medidas urgentes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos". Revista Sur, Volumen 7, Número 13, 2010.

Radio Mundo Real. "De salida". Internet:http://www.radiomundoreal.fm/De-salida?lang=es (acceso: 15 junio de 2012).

Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

LAW REVIEW

Carla Cepeda Altamirano

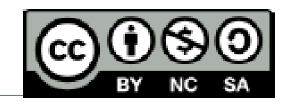
carla.cepeda@estud.usfq.edu.ec

El arbitraje y la importancia del principio de confidencialidad

Resumen

La investigación realizada busca demostrar el desarrollo e importancia del sistema arbitral en el Ecuador, enfocándose en el estudio de la problemática nacional e internacional que gira alrededor del principio de confidencialidad del arbitraje. En relación a esto, se aclara la posible confusión entre los principios de confidencialidad y de privacidad. Posteriormente, se analiza a profundidad la confidencialidad en el sistema arbitral y se trata con especial importancia la relación de este principio con los laudos arbitrales que se expiden. Finalmente se realiza una crítica a nuestra legislación en relación al tema planteado y se proponen cambios que resultan necesarios debido a la creciente demanda del sistema arbitral en el Ecuador.

Palabras claves: Arbitraje, Confidencialidad, Privacidad, Convenio arbitral.





1. Introducción

La presente investigación tiene como objetivo principal realizar un análisis sobre la importancia del principio de confidencialidad en el arbitraje. Éste debe ser garantizado mediante una regulación clara y acertada que contenga márgenes de tolerancia, limitaciones y genere seguridad a las partes. Por esta razón, se busca mostrar el problema jurídico generado en relación a este principio, analizando sus beneficios y desventajas, así como el manejo que nuestra legislación le ha otorgado.

La importancia de esta investigación radica en el creciente desarrollo que se evidencia en el Ecuador respecto a los Métodos Alternativos para la Solución de Conflictos (MASC), en especial el arbitraje. De esta forma es fundamental que los interesados en el campo jurídico se involucren y tengan conocimiento de las nuevas tendencias que se evidencian.

El presente trabajo se divide en seis partes. Al inicio, se presentará una breve reseña de la evolución histórica del arbitraje con el objetivo de dar fundamento y bases a los lectores respecto del tema. Después, se expondrá la distinción entre el principio de privacidad y confidencialidad. Luego, se tratará a profundidad el principio de confidencialidad; las diferentes perspectivas que se dan respecto de éste, su importancia en el sistema arbitral y ejemplos de cómo ha venido evolucionando. A continuación, se analizará la confidencialidad en los laudos arbitrales; qué protección del principio existe frente a ellos, cómo se ha manejado el debate jurídico y cuál es la importancia de este principio frente a las partes y los interesados académicamente. Posteriormente, se analizará el tratamiento que la legislación ecuatoriana ha dado al principio de confidencialidad en arbitraje; qué leyes protegen este principio, cómo se han planteado y una breve crítica a éstas. Finalmente, plantearé una conclusión de la investigación y una opinión personal sobre todo lo expuesto.

2.- El arbitraje y su desarrollo

El arbitraje es un mecanismo para resolver controversias, por el cual las partes han manifestado su voluntad de someter sus disputas a este sistema y consecuentemente han renunciado a la jurisdicción ordinaria. El artículo 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM), vigente en el Ecuador desde 1997, lo ha definido así:

> El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo

acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias.[1]

El arbitraje no es un mecanismo alternativo de solución de conflictos reciente. Al contrario, se lo puede evidenciar a lo largo de la historia. Un ejemplo de ello es la existencia de este sistema en Roma, durante la etapa *ordo iudiciarum privatorum* que duró hasta el siglo III después de Cristo. La característica principal de esta etapa era el manejo dispositivo de los procesos en materia civil. Es decir, el proceso era controlado e impulsado por las partes,[2] bajo la tutela del *iudex* (árbitro) escogido por las mismas. Es evidente la similitud que existe entre esta etapa y el actual sistema arbitral, ya que las partes son las que otorgan competencia al juzgador a partir de lo acordado por ellas y pueden disponer de elementos del proceso como términos y normas aplicables.

Otro ejemplo que demuestra la importancia del arbitraje en la historia es la Constitución francesa de 3 de Septiembre de 1791, cuyo Artículo primero, numeral cinco, expresaba lo siguiente: "El derecho de los ciudadanos a resolver sus controversias por la vía del arbitraje, no puede verse perjudicado por los actos del Poder legislativo."[3] De igual manera, el artículo 280 de la Constitución española de 1812 también garantizaba a este sistema como un derecho de los ciudadanos expresando que: "No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes."[4] Es claro, entonces, que el sistema arbitral se ha ido desarrollando a lo largo de los años con una importancia significante.

En Ecuador, la primera ley moderna respecto del sistema arbitral se estableció en el año 1960, con la adopción del Código de Procedimiento Civil, el cual se refería a este sistema como el "juicio por arbitraje". Sin embargo, sus disposiciones no eran prácticas y resultaba excesivamente formalista.[5] En el año 1963, se dictó en nuestro país la primera ley especial correspondiente a esta materia como medio idóneo para la solución de conflictos entre comerciantes. No obstante, en los años 90's se evidenció la necesidad de un nuevo cuerpo normativo al respecto. Por esta razón, se publicó el 4 de septiembre de 1997 la Ley de Arbitraje y Mediación que sigue vigente.

Actualmente, existe una creciente tendencia respecto de la utilización de esta forma alternativa de resolver las controversias.[6] Esto debido a varios factores como la saturación de procesos en el sistema judicial y la tendencia a un derecho global[7], es decir, que responda a las nuevas corrientes nacionales e internacionales. Esto ocurre también gracias a los beneficios propios del sistema arbitral como la flexibilidad que tienen las partes para decidir la sede del arbitraje, el idioma que se utiliza, la normativa aplicable, la confidencialidad del proceso, entre otros.[8] En definitiva, es evidente la importancia del arbitraje actualmente en el Ecuador, por lo que su creciente demanda exige una correcta regulación del sistema arbitral que garantice sus ventajas y principios, tales como la confidencialidad, objeto de la presente investigación.

3.- Diferencias entre principios de privacidad y confidencialidad

La privacidad y confidencialidad son importantes principios en el proceso arbitral. Es fundamental hacer una distinción clara respecto de cada uno de ellos pues, como lo menciona Smeureanu, la estrecha relación que existe entre estos principios ha generado la idea de que la confidencialidad existe simplemente por el carácter privado del arbitraje.[9] No obstante, cada uno de ellos tiene características y diferencias sustanciales.

El principio de privacidad se refiere a la naturaleza consensual del convenio arbitral y tiene particular importancia respecto al ambiente en el que suscita el proceso, es decir, el lugar donde se sustancia el arbi-

1 Ley de Arbitraje y Mediación. Registro Oficial No. 145 del 4 de septiembre de 1997

2 Cfr. Véscovi, Enrique. Teoría General del Proceso. Segunda edición. Bogotá: Temis, 2006. Págs. 21-23

3 Constitución Francesa (3 de septiembre de 1791)

4 *Constitución política de la monarquía española*. http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1812.pdf

5 Cfr. Salcedo Verduga, Ernesto. El Arbitraje: la justicia alternativa. Editorial Jurídica Mosquera. Ecuador, 2011. Pág. 44

6 Cfr. Galindo Cardona, Álvaro. Origen y desarrollo de la Solución Alternativa de Conflictos en Ecuador. Iuris Dictio. Año II. No. 4. Agosto 2001. Pág. 123

7 Ídem.

8 Cfr. Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI). Soluciones mundiales a las controversias comerciales. Publicación 810-2. Págs. 3-4

9 Cfr. Smeureanu, Ileana M. Confidentiality in International Commercial Arbitration. Kluwer law international: Great Britain, 2011.



traje. Su importancia se vincula a garantizar la no intervención de terceros en las audiencias sin el consentimiento de las partes, es decir, "el hecho de que en ese escenario personas extrañas no deben ser admitidas a las audiencia."[10] En otro sentido, de acuerdo a la doctrina, el principio de confidencialidad hace referencia a la protección de los documentos que se presentan durante el proceso y a la reserva de la existencia de éste, incluyendo las decisiones que se desprenden frente a terceros ajenos al arbitraje.[11] En consecuencia, resulta errado considerar que estos principios son lo mismo, ya que cada uno responde a fines diferentes que garantizan cosas específicas a las partes durante el proceso. Por esta razón, la privacidad y la confidencialidad se deben estudiar independientemente y con la profundidad que individualmente requieren.

Establecida la distinción del principio de confidencialidad y privacidad, es importante aclarar que ninguno de ellos afecta al principio de publicidad. Como sostiene Ana María Chocrón, en arbitraje, el principio de publicidad simplemente disminuye su rigurosidad con el fin de alcanzar una mejor defensa a los intereses de los particulares, siempre que no implique una afectación a la sociedad.[12] Es decir, el orden social continua siendo en el arbitraje, como en cualquier proceso legal, un límite de para su validez. Por otra parte, el principio de publicidad, visto como garantía de defensa dentro del proceso, implica que todo acto procesal debe ser informado a todas las partes que participan en él para que ejerzan efectivamente su derecho a la defensa.[13] Sobre este aspecto, los principios antes expuestos no presentan problema, pues tanto la privacidad y la confidencialidad buscan únicamente la protección de las partes frente a sujetos externos al proceso arbitral y bajo ninguna circunstancia tienen como fin ocultar información a las partes que participan en él.

4.- El principio de confidencialidad

La confidencialidad es una de las ventajas más notables del arbitraje, ya que protege la reputación de las partes frente a terceros, convirtiéndose en una de las razones que motivan a muchos inversionistas y comerciantes para acudir al proceso arbitral.[14] Resulta lógico que estos prefieran acudir a arbitraje, pues la confidencialidad garantizaría que aquellos no involucrados en el conflicto desconozcan su existencia y así no se vea afectado su posicionamiento en el mercado por las distintas disputas a las que se enfrentan. Existen visiones opuestas respecto a la naturaleza de este principio. Sin embargo, es importante recalcar que este principio no puede ser ni será absoluto.

Por una parte existe la teoría, denominada comúnmente como clásica, que considera a la confidencialidad como una característica propia del proceso arbitral que se deriva de la naturaleza privada del sistema.[15] Para esta teoría, es razonable considerar que al ser las audiencias arbitrales inaccesibles a terceros, las partes tampoco pueden revelar los asuntos que en ellas se discuten, así como los documentos que se presentan e incluso las actuaciones que se realizan.[16] Esta tesis ha sido manejada de forma notable por las cortes inglesas. Por ejemplo, en el caso Dolling Baker c. Merret se hizo una especial referencia acerca del carácter confidencial del proceso arbitral. Se determinó que al ser este principio parte de la naturaleza contractual del sistema obliga a las partes a no hacer uso, ni revelar la existencia de los documentos que se hayan presentado o producido durante el arbitraje. Esta idea también fue tomada en el caso Hassneh Insurance Co. Of Israel c. Stewart J. Mew, en el que se impidió que las partes hagan uso de los documentos del caso para otros asuntos externos al proceso arbitral.[17] En el caso más conocido y estudiado respecto de este tema, Alli Shipping c. Shipyard Trogir, se reconoce a la confidencialidad como inherente al proceso arbitral. Sin embargo, se recono-

10 Cfr. Chávez, Enrique, *Privacidad y Confidencialidad en el Arbitraje Comercial Internacional,* http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/privacidad-arbitraje.html

11 Buckstein, Mark A. An Introductory Primer on Pre-Litigation ADR Counseling For the Outside Lawyer. Dispute Resolution Journal;Jan1997, Vol. 52 Issue 1, p35

12 Cfr. Chocrón Girádez, Ana María. Los principios procesales en el arbitraje. Barcelona: J.M Bosch editor, 2000. Pág. 187

13 Ídem.

14 Cfr. Noussia, Kyriaki. Confidentiality in International Commercial. Arbitration A Comparative Analysis of the Position under English, US, German and French Law. Hamburg, Germany. Pág. 177

15 Cfr. Redfern, Alan y Martin Hunter. *Redfern and Hunter on International Commercial Arbitration.* Oxford: 2009 Pags. 136-137

16 Ídem.

17Cfr. Smeureanu, Ileana M. Confidentiality in International Commercial Arbitration. Kluwer law international: Great Britain, 2011. Pág. 16. http://books.google.com.ec/books?id=uEXm2dL6sfgC&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false

cen límites bajo los cuales dicho principio no opera, entre ellos se encuentran: i) el consentimiento de las partes de no confidencialidad, ii) por orden judicial iii) por permiso del tribunal iv) o por una necesidad razonable para defender los intereses de las partes.[18]

Adicionalmente, se ha planteado otro tipo de excepciones a la confidencialidad. Por ejemplo, cuando el proceso arbitral entra en conocimiento de la justicia ordinaria bajo cualquier circunstancia, ya sea porque se ha presentado una acción de nulidad al laudo que se expidió o cuando éste vaya a ejecutarse.[19] Otra limitación, se evidencia cuando existe una expresa disposición legal de que el proceso arbitral debe ser público, como el caso en el que el Estado participa como parte. Esto fue considerado por la jurisprudencia, en el caso de Esso Australia Resources Ltd. et al. c. Plowman, disputa que involucraba al Ministro de Energía y Minerales australiano en un conflicto concerniente a utilidades públicas. La Corte estimó que la confidencialidad no era un requisito esencial del arbitraje, más aún cuando es notoria la existencia de un interés general en el proceso, como la actuación de entidades públicas.[20] Siguiendo esta línea de pensamiento, se concluye que al ser el Estado el ente que representa los intereses de la sociedad, todos los individuos tienen derecho a conocer los litigios que sus distintos representantes manejen bajo sus funciones.

La perspectiva que se contrapone y critica la antes expuesta sostiene que la confidencialidad debe ser expresamente pactada por las partes, por lo que no constituye un principio implícito o inherente del sistema arbitral.[21] En este sentido se han resuelto algunos casos en las cortes norteamericanas, como United States v. Panhandle Eastern Corp o Cont'ship Containerlines Ltd. c. PPG Industries, Inc. En ellos se determinó que al no existir una ley de confidencialidad, como principio fundamental del proceso arbitral, éste debe ser expresamente pactado por las partes al momento de celebrar el convenio arbitral o al iniciar el proceso. Bajo esta línea de pensamiento, se han negado excepciones de confidencialidad respecto del uso de documentos que se habían presentado en distintos procesos arbitrales.

No obstante, la existencia de esta tesis refleja otro problema. ¿Es, acaso, el convenio expreso de confidencialidad una garantía certera de que el proceso se llevará a cabo bajo este principio? O ¿se encuentra a consideración del tribunal el alcance de la confidencialidad? Esto genera una clara incertidumbre respecto de esta garantía a las partes, tal como se evidencia en los casos Lawrence E. Jaffee Pension Plan c. Household International, Inc y Urban Box Office Network c. Interfase Managers, en los que a pesar de la existencia de un compromiso de confidencialidad, los tribunales discutieron la pertinencia de su aplicación.[22] De esta forma, se muestra que lo determinado por los tribunales vulneró la eficacia del pacto expreso de confidencialidad.

En conclusión, las diferentes perspectivas que se han expuesto presentan un problema al proceso arbitral. Ninguna de ellas genera una certidumbre absoluta respecto de la aplicación y alcances del principio de confidencialidad. No obstante, considero que es acertado afirmar que es un principio que el arbitraje ofrece a las partes. Esto es de gran importancia, pues las ventajas de la confidencialidad del proceso son considerables, pues se orientan a generar seguridad, certeza de intervención y confianza a las partes que participan en el proceso arbitral.

5.- La confidencialidad en los procesos y laudos arbitrales

Otro tema importante a tratar y que se encuentra alrededor de este principio es el de confidencialidad de los laudos arbitrales. Si se mantiene la regla de confidencialidad al proceso a sus documentos y actuaciones, es lógico que las decisiones que se desprenden de él también lo sean. Ésta es la posición que defiende el principio de confidencialidad como característica inherente al arbitraje, pues sólo mediante un pacto expreso podrían las partes permitir la publicación de los actos

18Ali Shipping Corporation v Shipyard Trogir [1997] APP.L.R. 12/19; Cfr. Smeureanu, Ileana M. Confidentiality in International Commercial Arbitration. Kluwer law international: Great Britain, 2011. Pág. 44 http://books.google.com.ec/books?id=uEXm2dL6sfgC&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false

19 Ídem.

20 Cfr. Thomson, Claude R. Confidentiality in Arbitration: A Valid Assumption? A Proposed Solution! Dispute Resolution Journal . Vol. 62 Núm. 2, Mayo 2007. http://vlex.com/vid/confidentiality-valid-assumption-solution 63909483?ix_resultado=1.0&query%5Bq%5D=confidentiality+arbitration

21 Cfr. Smeureanu, Ileana M. Confidentiality in International Commercial Arbitration. Kluwer law international: Great Britain, 2011. Págs. 9-12 http://books.google.com.ec/books?id=uEXm2dL6sfgC&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false

22Noussia, Kyriaki. Confidentiality in International Commercial. Arbitration A Comparative Analysis of the Position under English, US, German and French Law. Hamburg, Germany. Pág.. 28 http://books.google.com.ec/books?id=WEcYYSzDtGQC&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false



procesales, incluyendo el laudo arbitral. Sin embargo, otras corrientes determinan que si bien el arbitraje es una manifestación de la voluntad de las partes que deciden someter sus controversias a este tipo de proceso, los laudos son una extensión del sistema jurisdiccional, respecto asuntos determinados, para garantizar el orden social.[23] Por lo tanto, estos deben ser públicos o al menos potencialmente públicos, en el caso de que posteriormente sea necesario acudir a vías jurisdiccionales ordinarias para hacerlos efectivos.

El numeral 5 del artículo 32 del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil muestra una clara protección a la confidencialidad del laudo, pues establece que "Podrá hacerse público el laudo sólo con el consentimiento de ambas partes."[24] La Ley 60 Española de 2013 también limita la divulgación de información relacionada al proceso arbitral, los árbitros y las partes en el numeral 2, artículo 24.[25] A pesar de la estricta reserva que estas normas le otorgan al laudo arbitral, esto no es absoluto. Existe una tendencia internacional de publicar los laudos arbitrales o parte de ellos con un fin académico. Éste es el caso de los anuarios publicados por la Cámara Internacional de Comercio o los laudos que se publican periódicamente por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) o el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). Estas publicaciones demuestran que la tendencia internacional se encuentra relacionada a la tesis que considera la confidencialidad como inherente al arbitraje. El laudo, documento que pone fin al conflicto, debe ser confidencial y no puede ser utilizado por las partes para otro fin que no sea su cumplimiento. Sin embargo, cada vez se genera un mayor grado de tolerancia respecto al acceso que personas ajenas pueden tener a los laudos, cuando esto se justifique en un interés académico.

Un caso relevante en relación a la confidencialidad de los laudos arbitrales es Associated Electric & Gas Insurance Services Ltd. (AEGIS) c. European Reinsurance Company of Zuric, llevado por las cortes inglesas.[26] Éste trata de dos empresas que se sometieron a dos arbitrajes distintos, bajo la misma pretensión de que European Re. pague una indemnización a AEGIS. En el primer arbitraje existía una cláusula específica de confidencialidad del proceso, incluyendo la resolución adoptada. Posteriormente, en el segundo arbitraje, European Re. Intentó presentar el laudo del primero como prueba para dar fin al segundo proceso arbitral de forma célere. Frente a esta actuación, la contraparte impuso una medida cautelar con el fin de que no se aceptara la presentación del laudo por existir una cláusula de confidencialidad.

Los argumentos que se plantearon eran acertados pero, finalmente, el tribunal dispuso que a pesar de la existencia del consentimiento expreso de confidencialidad, en este caso, se intentaba mostrar al tribunal arbitral un suceso de la misma naturaleza entre las mismas partes. Por consiguiente, no se estaba revelando información confidencial y el no aceptar el primer laudo implicaba ir en contra del fin principal del arbitraje, es decir, la resolución de la controversia. Adicionalmente, el tribunal consideró que el principio de confidencialidad no tenía el sentido que AEGIS quería darle, sino el de una protección a las partes frente a terceros ajenos al arbitraje.[27] Es claro, entonces, que el manejo que se da a los laudos arbitrales y la importancia de la publicación de estos va más allá de conservar la reputación de las partes. Estos documentos también pueden ser un medio de prueba para la solución de otras disputas relacionadas, además pueden formar precedentes a futuro y evitan que las partes se sometan a procesos que ya se han resuelto. Es por lo tanto fundamental establecer una certeza respecto de su manejo y protección.

23 Cfr. Misteli, Loukas A. Confidentiality and Third Party Participation UPS v.Canada and Methanex Corporation v. United State. Pág. 209 http://qmul.academia.edu/LoukasMistelis/Papers/207154/Confidentiality_and_Third_Party_Participation

24 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Resolución 31/98, Aprobada Por La Asamblea General El 15 De Diciembre De 1976. http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules-s.pdf

25 Los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales, en su caso, están obligadas a guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales" **Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.** http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/l60-2003.t5.html#a24

26 Cfr. Noussia, Kyriaki. Confidentiality in International Commercial. Arbitration A Comparative Analysis of the Position under English, US, German and French Law. Hamburg, Germany. Pág.72 http://books.google.com.ec/books?id=WEcYYSzDtGQC&printsec=frontcover&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q=p%C3%A1g.%2072&f=false

27 Cfr. Thomson, Claude R. Confidentiality in Arbitration: A Valid Assumption? A Proposed Solution! Dispute Resolution Journal . Vol. 62 Núm. 2, Mayo 2007. http://vlex.com/vid/confidentiality-valid-assumption-solution 63909483?ix_resultado=1.0&query%5Bq%5D=confidentiality+arbitration

6.- La confidencialidad en el Ecuador

La Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana establece en su artículo 34 lo siguiente:

Las partes sin perjuicio de los derechos de terceros, podrán convenir en la confidencialidad del procedimiento arbitral, en este caso podrán entregarse copias de lo actuado solamente a las partes, sus abogados o al juez que conozca el recurso de nulidad u otro recurso al que las partes se hayan sometido.

El artículo presentado es primordial para el análisis planteado. Como primera idea, se puede destacar que el principio de confidencialidad no es inherente al proceso arbitral en el Ecuador. Éste necesita de pacto expreso, es decir, responde a la segunda teoría expuesta contrario a la tendencia internacional.

Por otra parte, nuestro sistema impone una limitación a este principio: la posible afectación a derechos de terceros, lo cual resulta confuso. El sistema arbitral, al ser de naturaleza privada, nace de un convenio de particulares aceptado por la ley. El convenio arbitral únicamente es oponible a aquellos que forman parte de él. Esto quiere decir que no podría afectar a terceros en virtud del principio de relatividad de los negocios jurídicos, el cual determina que "los actos jurídicos no perjudican ni aprovechan a terceros."[28] Es por ello que, en el supuesto de que los efectos que se generen del proceso arbitral llegaren a afectar a terceros, como lo determina el artículo expuesto, estos dejarían de ser ajenos al arbitraje. Se convertirían en plenos sujetos procesales por lo que la confidencialidad no se tomaría en cuenta respecto de ellos. No obstante, se pondría en duda la validez del proceso arbitral en relación a estos supuestos terceros, ya que ellos no se han sometido voluntariamente a este sistema.

Finalmente, el artículo 34 de la LAM plantea que en el caso de que exista un acuerdo de confidencialidad todo lo actuado, incluyendo el laudo, será conocido únicamente por las partes, abogados y jueces que reconozcan el recurso de nulidad. Esto evidencia que una vez pactada la confidencialidad, ésta opera de forma absolutamente estricta, lo que incluso limita el acceso a los laudos con fines académicos.

En conclusión, el sistema ecuatoriano ha adoptado la tesis en la que el principio de confidencialidad debe ser expresamente convenido por las partes. Esto implicaría que, en principio el proceso arbitral es público y accesible a todos, salvo pacto en contrario. Es de gran importancia tomar en consideración este aspecto al momento de celebrar un convenio arbitral. Si uno de los motivos para elegir este método de solución de controversias es la confidencialidad, las partes deberán hacer referencia expresa a este principio. Por otra parte, también resulta importante este artículo para aquellos que se encuentran interesados en el tema, ya que mientras no haya pacto en contrario, los laudos y resoluciones durante el proceso arbitral son accesibles para enriquecer el estudio jurídico. Sin embargo, al momento en que este principio ha sido convenido por las partes, su limitación es absoluta.

7.- Conclusión y opinión personal

Como se ha demostrado, el principio de confidencialidad es un tema de debate jurídico, no se ha llegado a un consenso y claridad respecto de su naturaleza, importancia y fin. No hay duda de que no es un principio absoluto, por el contrario, éste tiene límites que buscan mantener el orden social y la efectividad jurisdiccional. A pesar de que la confidencialidad deriva del carácter privado del arbitraje, estos principios tienen claras diferencias que permiten su distinción y estudio individual. Existe un considerable número de casos que han tratado el tema de la confidencialidad, debido a que su falta de precisión y regulación ha generado un espacio de inseguridad jurídica. Las cortes han ido solventado este vacío, sin embargo, en varias ocasiones, de forma contradictoria.

El Ecuador ha establecido una norma específica respecto de este principio en su legislación. No obstante, estimo que ésta no es suficiente, por el contrario, genera confusiones dada su imprecisión, así como no constituye una respuesta definitiva a las expectativas que demandan los nuevos retos y evolución constante del sistema arbitral. Considero necesario e indispensable que en el Ecuador, acorde a la dinámica jurídica global, exista una reforma a las leyes que regulan el proceso arbitral.

Respecto del tema que se ha tratado a lo largo del trabajo, es primordial que las normas sobre la confidencialidad en arbitraje tengan como fin garantizar este principio. Se lo debe considerar como una de las características fundamentales e inherentes del arbitraje, pues su fin es dar seguridad y confianza a las partes, además de salvaguardar su reputación. Sin embargo, es primordial que se establezca un margen de tole-

28 G. Ospina y E. Ospina. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Quinta Edición. Bogotá: Temis.1998. Pág. 262



rancia frente a este principio. Es primordial que se dé apertura al uso de laudos arbitrales como precedentes que permita generar mayor riqueza académica en el área de arbitraje. Esto podría alcanzarse con la autorización de las partes que intervienen en el proceso o simplemente protegiendo el nombre de los involucrados en él, pues el objetivo de ello es conocer la materia que se trató y no el de afectar a los intervinientes en el proceso arbitral.

Por otra parte, las limitaciones al principio de confidencialidad también deben ser reguladas. ¿A quién se dirige? ¿Quién decide respecto de sus alcances? ¿Qué actos procesales se incluyen dentro de él? ¿En qué ocasiones debe desconocerse? A todas estas preguntas hay posibles respuestas. Éstas deberán ser solventadas por el legislador, con el fin de garantizar mayor seguridad al sistema arbitral y así satisfacer y proteger de los derechos de aquellos que opten por este método alternativo de solución de controversias. De esta manera, se eliminará toda incertidumbre que pueda lesionar la protección de lo actuado en el proceso arbitral.

Finalmente, el análisis que se ha realizado busca llamar la atención de los lectores respecto de este tema en específico. También intenta mostrar las discusiones que se presentan a nivel nacional e internacional, paras así generar un mayor interés en la evolución y desarrollo del arbitraje, el que sin duda merecen normas más prolijas y acertadas.

7.- Bibliografía

Ali Shipping Corporation v Shipyard Trogir [1997] APP.L.R. 12/19

Buckstein, Mark A. An Introductory Primer on Pre-Litigation ADR Counseling For the Outside Lawyer. Dispute Resolution Journal; Jan1997, Vol. 52 Issue 1

Chocrón Giráldez, Ana María. Los principios procesales en el arbitraje. Barcelona: J.M Bosch editor, 2000

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. RESOLUCIÓN 31/98, APROBADA POR LA ASAMBLEA GENERAL EL 15 DE DICIEMBRE DE 1976. http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules-s.pdf

Constitución Francesa (3 de septiembre de 1791). Internet: http://hc.rediris.es/01/Constituciones/cf1791.htm Acceso: 5 julio 2012

Constitución Política de la Monarquía Española (19 de marzo de 1812). Internet: http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/historicas/cons_1812.pdf. Acceso: 5 julio de 2011

Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI). Soluciones mundiales a las controversias comerciales. Publicación 810-2.

Endara, Francisco. El Arbitraje en Ecuador. La Confidencialidad en el Arbitraje, el caso de Ecuador. Futuros Abogados Latinoamericanos. Revista electrónica para estudiantes de derecho latinoamericanos. http://futuros-abogados.blogspot.com/2010/03/el-arbitraje-en-ecuador.html

Enrique, Chávez, *Privacidad y Confidencialidad en el Arbitraje Comercial Internacional*. Internet: http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/privacidad-arbitraje.html. Acceso: 30 de junio de 2012

G. Ospina y E. Ospina. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Quinta Edición. Bogotá: Temis.1998

Galindo Cardona, Álvaro. Origen y desarrollo de la Solución Alternativa de Conflictos en Ecuador. Iuris Dictio. Año II. No. 4. Agosto 2001

Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/l60-2003.t5.html#a24 Acceso: 27 de junio de 2011

Ley de Arbitraje y Mediación. Codificación 14. Registro Oficial 417 de 14-dic-2006. Última modificación: 09-mar-2009

Misteli, Loukas A. Confidentiality and Third Party Participation UPS v.Canada and Methanex Corporation v. United State.

Noussia, Kyriaki. Confidentiality in International Commercial. Arbitration A Comparative Analysis of the Position under English, US, German and French Law. Hamburg, Germany. http://books.google.com.ec/books?id=WEcYYSzDtGQC&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false

Redfern, Alan y Martin Hunter. *Redfern and Hunter on International Commercial Arbitration*. Oxford: 2009

Salcedo Verduga, Ernesto. El Arbitraje: la justicia alternativa. Editorial Jurídica Mosquera. Ecuador, 2011.

Smeureanu, Ileana M. Confidentiality in International Commercial Arbitration. Kluwer law international: Great Britain, 2011.

http://books.google.com.ec/books?id=uEXm2dL6sfgC&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false

Thomson, Claude R. Confidentiality in Arbitration: A Valid Assumption? A Proposed Solution! Dispute Resolution Journal . Vol. 62 Núm. 2, Mayo 2007. http://vlex.com/vid/confidentiality-valid-assumption-solution 63909483?ix_resultado=1.0&query%5Bq%5D=confidentiality+arbitration

Véscovi, Enrique. Teoría General del Proceso. Segunda edición. Bogotá: Temis, 2006

LAW REVIEW

Carlos Torres Salinas

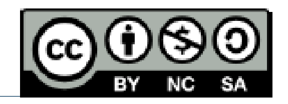
carlos.torres@estud.usfq.edu.ec

¿Cabe la cancelación de registro por falta de uso respecto de una marca notoria? MANICHO, una historia digna de ser contada.

Resumen

El presente trabajo tiene como objetivo exponer y analizar uno de los casos más relevantes del Ecuador en el ámbito marcario, el cual surgió como consecuencia de los problemas de liquidez de la compañía La Universal S.A., y en el que la autoridad solventó un vacío existente, tanto a nivel comunitario como local, en la legislación sobre Propiedad Industrial respecto de la amplia protección jurídica que gozan las marcas notorias. Durante el trabajo se expone cómo la autoridad nacional competente en base a este caso, logró aclarar ciertas dudas que giraban en torno a la posibilidad de cancelar, por falta de uso, el registro de una marca notoria; y cómo la resolución del presente caso ayuda, de igual forma, a tener una mejor interpretación de las disposiciones contenidas en la legislación comunitaria respecto del tema.

Palabras clave: Propiedad Intelectual, Derecho Marcario, Derecho Comunitario, Acción de Cancelación por falta de uso, La Universal





1. Introducción

Con seguridad, uno de los chocolates más conocidos en el Ecuador es MANICHO. Sin embargo, muy pocos saben que varias acciones legales han girado en torno a esta marca de chocolates, las cuales han permitido que se continúe disfrutando este chocolate.

El presente trabajo tiene como objetivo exponer y analizar uno de los casos más relevantes del Ecuador en el ámbito marcario, el cual surgió como consecuencia de los problemas de liquidez de la compañía La Universal S.A., y en el que la autoridad solventó un vacío existente, tanto a nivel comunitario como local, en la legislación sobre Propiedad Industrial respecto de la amplia protección jurídica que gozan las marcas notorias. En base a este caso, se logró aclarar ciertas dudas que giraban en torno a la posibilidad de cancelar, por falta de uso, el registro de una marca notoria; el que un tercero pueda beneficiarse del prestigio ganado por una marca notoria que dejó de ser utilizada, independientemente de si las razones para su no uso son justificadas o no; y si,en caso de cancelarse una marca notoria, se estaría o no induciendo a confusión al público consumidor identificado con una marca que ahora correspondería a un producto distinto al de su preferencia.

2. Reseña histórica

Para entender el panorama, es necesario realizar un recuento histórico. La Universal S.A., fundada en el año 1889, fue la primera compañía que fábricó y comercializó chocolates y caramelos en el país.. Fue creada por los hermanos Segale, de procedencia italiana, y Juan Bautista, quienes formaron la sociedad “Segale Hermanos y compañía”; la cual, posteriormente, se denominó “La Universal Segale-Norero y cia.”. Con el transcurso de los años, la empresa creció y expandió sus líneas de productos, que incluían chicles, galletas chupetes y fideos. En 1993, la sociedad de los hermanos Segale se disolvió y Domingo Norero se convirtió en el único dueño de La Universal.[1] Sin embargo, debido a problemas financieros, en 1996 La Universal vendió una de sus líneas más exitosas: la de galletas. Ésta fue adquirida por Société des Produits Nestlé S.A., y abarcaba marcas muy reconocidas como TANGO, galletas waffer AMOR, MUECAS, COCO, RICAS, VAFERITO, entre otras.

1 *Crf.* La Universal. Historia Web. Viernes 08 de julio de 2012. <http://www.launiversal.com.ec/#>.

No obstante, los problemas financieros continuaron, especialmente deudas con la banca, por lo que en 1998 La Universal se vio obligada a liquidar a más de 200 empleados.[2] Posteriormente, tras la crisis financiera de 1999, los problemas de la compañía se acrecentaron debido al cierre de Filanbanco puesto que La Universal era uno de los mayores deudores de este banco en liquidación, además de otras siete entidades financieras. Para inicios del 2002, La Universal cesó sus actividades comerciales y paralizó su producción y la comercialización de sus productos.

Si bien la crisis de la fábrica se centraba en problemas financieros y la atención de los medios y el público en general estaba enfocada en ellos; fueron pocos los que tomaron atención en los que seguramente eran los activos más importantes que tenía la compañía : sus marcas. Tiempo después se concedió mayor importancia a la situación de La Universal, y se podía encontrar noticias como:

La firma Thesis embarga 118 marcas y algunos bienes de la fabrica La Universal. […] Thesis inició el primer juicio de coactivo el pasado 7 de julio contra la empresa guayaquileña La Universal. […] Hasta ayer tarde se esperaba que el gerente de la empresa, se acerque a las oficinas de la tercerizadora para que dimita bienes. […] En la lista se incluyen terrenos en Quito, Milagro, Playas […] además de maquinaria de la fabrica y, lo más importante, la propiedad del 100 por ciento de todas las marcas de la empresa que son en total 118. […] Entre las más nombradas y de mayor tradición en el mercado figuran: Palito, Manicho, Menta Glacial, Zumo, Huevito, Osito Negro, Osito Blanco, Cocoa La Universal y Chocolate Superior.[3] (Subrayado fuera de texto)

Así, por un lado, se pretendía que las marcas pasaran a ser propiedad de la compañía encargada de cobrar la cartera de Filanbanco, Thesis; y, por otro, de un comité creado por los ex trabajadores de la compañía, llamado "Comité Especial de los Trabajadores de la Universal S.A.". Lo que se pretendía era adjudicar las marcas para cubrir así parte de la deuda que se había adquirido con Filanbanco y con los ex trabajadores de la compañía, entre otros acreedores incluso internacionales. Consecuentemente, la noticia tampoco tardó en divulgarse en los medios:

Disputa por propiedad de marcas de La Universal. […] Los empleados de la fábrica y Thesis solicitaron al Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual (IEPI), que se inscriba el embargo de los nombres comerciales a su favor. Nelson Velasco, director del IEPI, dijo que hará ambos registros, pues "a mí no me toca decidir a quién le corresponden las marcas.[4] (Subrayado fuera de texto)

A breves rasgos, estos eran los problemas que atravesaba La Universal, que en su gran mayoría eran de conocimiento público, debido a la importancia y popularidad que la compañía tenía denle el mercado y entre consumidores. Como si esto no fuere suficiente, puesto que la fábrica no estaba produciendo y mucho menos comercializando, en las oficinas del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual (IEPI) empezaron a presentarse solicitudes de registro de marca con peculiares diseños, los cuales imitaban las marcas de La Universal, tales como:[5]

MARCA	CLASE	DISEÑO
• DISEÑO DE ENVOLTURA DEL CARAMELO SUPER MENTA	30	
•• LOGOTIPO	30	

• Marca: DISEÑO DE ENVOLTURA DEL CARAMELO SUPER MENTA, Solicitante: INDUSTRIA DE CARAMELOS PEREZ BERMEO CIA. LTDA., Gaceta de Propiedad Industrial de Ecuador No. 499, agosto 2006.

•• Marca: Logotipo, Solicitante: CORPORACIÓN UNIVERSAL DISTRIBUCIONES CIA. LTDA., Gaceta de Propiedad Industrial de Ecuador No. 446, marzo 2002.

2 *Crf.* "Coactiva contra la Universal." *El Universo*. Economía, jueves 25 de abril de 2002. 3a.

3 "La firma Thesis embarga 118 marcas y algunos bienes de la fábrica La Universal." *El Comercio*. viernes 18 de julio de 2003.

4 "Disputa por propiedad de marcas de La Universal." *El Universo*. Economía. 22 de julio de 2003.

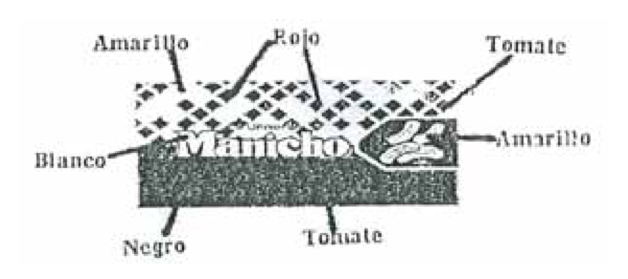
5 Estos son algunos de los ejemplos más claros que evidencian las intenciones cuestionables de varias personas que pretendían obtener el registro de marcas con denominaciones y gráficas muy parecidas, o idénticas, en los campos fonético-auditivos, gráfico-visual y/o ideológico-conceptual. Su propósito obviamente era beneficiarse del prestigio y éxito que había adquirido la fábrica con sus productos y sus marcas. Afortunadamente, varias de estas solicitudes fueron rechazadas; pero otras, como el caso de los caramelos SUPER MENTA, lograron su propósito y obtuvieron el registro.



3. Desarrollo del tema.

Acción de cancelación por falta de uso

Ahora, una vez expuesto el panorama y la situación en la cual se encontraba La Universal, pasaremos a revisar la figura jurídica sobre la que se centra el estudio del trabajo presente. El caso objeto del análisis, tiene como actora, a la compañía GLOBAL BRANDING S.A.C. (en adelante "accionante"), la cual, con fecha 06 de junio de 2005, presentó una acción de cancelación por falta de uso en contra del registro de la marca MANICHO + ENVOLTORIO A COLORES, título de registro 776-97, de fecha 26 de marzo de 1997; de la cual el titular era La Universal S.A.:6



La acción de cancelación por falta de uso del registro de marca, es una figura acogida en la legislación comunitaria y nacional, por medio de la cual un tercero interesado, es decir, alguien que pretenda un registro marcario, puede solicitar a la oficina nacional competente, en este caso el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, que cancele el registro de una marca que no haya sido utilizada por lo menos en uno de los países de la Comunidad Andina de Naciones durante los tres años anteriores a la presentación de dicha acción, sin falta justificada. Tal como lo establecen las normas que se explican a continuación.

La cancelación, tal como establece la Real Academia de la Lengua Española, es la anulación total o parcial de los efectos jurídicos de una inscripción o anotación previa7. En este caso, el objeto de cancelación es el registro de una marca, tal como lo establece la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), en su Capítulo V:

Art. 165.- La oficina nacional competente cancelará el registro de una marca a solicitud de persona interesada, cuando sin motivo justificado la marca no se hubiese utilizado en al menos uno de los Países Miembros, por su titular, por un licenciatario o por otra persona autorizada para ello durante los tres años consecutivos precedentes a la fecha en que se inicie la acción de cancelación. La cancelación de un registro por falta de uso de la marca también podrá solicitarse como defensa en un procedimiento de oposición interpuesto con base en la marca no usada.

No obstante lo previsto en el párrafo anterior, no podrá iniciarse la acción de cancelación antes de transcurridos tres años contados a partir de la fecha de notificación de la resolución que agote el procedimiento de registro de la marca respectiva en la vía administrativa. […] El registro no podrá cancelarse cuando el titular demuestre que la falta de uso se debió, entre otros, a fuerza mayor o caso fortuito.8 (Subrayado fuera de texto)

Esta disposición también está recogida en la Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador, cuya sección IV artículo 220 manifiesta que:

Art. 220.- Se cancelará el registro de una marca a solicitud de cualquier persona interesada, cuando sin motivo justificado la marca no se hubiese utilizado por su titular o por su licenciatario en al menos uno de los países miembros de la Comunidad Andina o en cualquier otro país con el cual el Ecuador mantenga convenios vigentes sobre esta materia, durante los tres años consecutivos precedentes a la fecha en que se inicie la acción de cancelación. […]

El registro no podrá cancelarse cuando el titular demuestre que la falta de uso se debió a fuerza mayor, caso fortuito o restricciones a las importaciones u otros requisitos oficiales de efecto restrictivo impuesto a los bienes y servicios protegidos por la marca.9 (Subrayado fuera de texto)

Requisitos de Registrabilidad

La cancelación de registro de una marca por falta de uso puede ser aplicada en casos en los cuales el titular del registro de una marca no la utilice, ya que dicho registro puede convertirse en un impedimento para que un tercero con legítimo interés que, además, quiera usar un signo igual o similar, pueda ingresar con su marca y productos en determinado mercado. El legítimo interés, según el Tribunal de Justicia de la CAN, es la calidad que una persona ha de tener de un derecho

6 Comité de Propiedad Intelectual, Industrial y Obtenciones Vegetales.- Primera Sala, Trámite No. 07-062-AC-2S, providencia de 14 de agosto de 2009.

7 Cancelación. Real Academia de la Lengua Española RAE. Web. 22 de noviembre de 2012.

8 Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones, publicada en el Registro Oficial ecuatoriano No. 258 de 02 de febrero de 2001.

9 Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 320 de 19 de mayo de 1998.

subjetivo o al menos un interés legítimo, los que deberán ser acreditados en la vía administrativa o en la vía judicial.10 Esta acreditación se evidencia con la simple solicitud de registro de una marca que posea rasgos parecidos o iguales a la marca de la cual se pretende la cancelación de registro.11

Además, para que el accionante demuestre su legítimo interés, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA), dentro del Proceso No. 17-IP-95, dentro de la acción de plena jurisdicción o subjetiva, propuesta ante el Tribunal citado, por la firma Varela S.A., para que se declare la ilegalidad de la Resolución 0453 de treinta de diciembre de 1993 del Ministro de Industrias, Comercio, Integración y Pesca de la República del Ecuador, que dispone el rechazo de la cancelación del Registro No. 2015:91 de la marca PURO de Jabonería Nacional S.A., estableció que: "Deberá entenderse, para el caso concreto, que existe interés legítimo cuando pueda darse la confusión entre la marca registrada o cuyo registro se encuentra en trámite y aquella que sea objeto de la acción de cancelación."12 (Subrayado fuera de texto)

Por tanto, el hecho de pretender ingresar a determinado mercado con una marca similar o idéntica a aquella que no está siendo utilizada, y solicitar su registro, demuestra el legítimo interés del accionante para obtener la cancelación del registro de la marca no usada. Adicionalmente, la solicitud de registro del accionante posee prioridad respecto a solicitudes de registro de terceros; prioridad que se denomina derecho preferente. Éste está conceptualizado por el TJCA cuando:

> […] la marca solicitada sea considerada prioritaria a las solicitudes de terceros en curso, incluso anteriores a la solicitud de cancelación (es decir, prioritarias); de esta manera, el titular de la solicitud de cancelación tiene, […], un mejor derecho a obtener el registro, que aquél que puede tener cualquier solicitante anterior.13 (Subrayado fuera de texto)

Ahora, respecto al motivo de fuerza mayor o caso fortuito como justificante para que una marca no haya sido utilizada, en relación al artículo 185 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones, la Dirección de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia determinó que:

> […] Lo importante aquí, es lo que se debe entender por motivo justificado, lo cual no significa cosa distinta a que el titular de la marca haya tenido una razón suficiente para no usarla; las causales de justificación no son exclusivamente la fuerza mayor y el caso fortuito, la expresión "entre otros", que trae el artículo, implica una clasificación meramente enunciativa, mas no taxativa, por lo que las causales invocadas como justificativas del no uso serán valoradas en cada caso por la administración.14 (Subrayado fuera de texto)

Es así que la autoridad administrativa del país vecino señala que las causales de justificación de la Decisión 486 para el no uso de una marca no son *numerus clausus,* y es potestad de la autoridad valorar, a su criterio, la justificación que presente el titular, para así poder determinar si procede o no la acción de cancelación por falta de uso en determinado caso.

En relación con el caso estudiado, GLOBAL BRANDING S.A.C., en su acción alegó a su favor que:

> […] en esta misma fecha, está procediendo a solicitar ante la Dirección Nacional de Propiedad Industrial el registro de la marca denominativa "MANICHO" para amparar productos de la Clase Internacional No. 30, conforme lo demostraré oportunamente, con el fin de probar jurídicamente su legítimo interés para esta Cancelación.15 (Subrayado fuera de texto)

En este sentido, el accionante pretendía cancelar el registro de MANICHO + ENVOLTORIO A COLORES, para obtener luego un registro del signo denominativo MANICHO, idéntico a la marca de La Universal, que identificaría al mismo tipo de productos en la Clase No. 30. Para ello, la compañía accionante alegó que la marca de La Universal n no había sido utilizada durante los últimos 3 años precedentes a la presentación de la acción, es decir, desde el año 2002 al 2005.

Al respecto, la accionada, FIDEICOMISO MERCANTIL DE ADMINISTRACIÓN DE ACTIVOS UNI-

10 TJCA, Proceso 38-IP-2002.

11 TJCA, Proceso 73-IP-2008.

12 TJCA, Proceso 17-IP-1995.

13 TJCA, Proceso 004-IP-2006.

14 Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 34908 de fecha 19 de diciembre de 2006, expediente 92-290844 de la marca BRAVA.

15 Acción de Cancelación presentada por GLOBAL BRANDING S.A.C. en contra del registro de la marca MANICHO + ENVOLTORIO A COLORES, título de registro 776-97, en fecha 06 de junio de 2005, Pág. 5.



VERSAL16, en su escrito de contestación de fecha 11 de noviembre de 200917 alegó que:

A inicios del año 2002, LA UNIVERSAL cesó sus actividades comerciales debido a problemas económicos que originaron falta de liquidez de la compañía, lo cual evidentemente obligó a parar la fabricación y comercialización de sus productos. Por la situación de iliquidez que enfrentó Universal S.A., algunas marcas dejaron de usarse de manera temporal, e incluso varias fueron adjudicadas a un Comité Especial de los Trabajadores de la Universal S.A. y sus Intermediarias de Servicios. Más tarde se constituyó FIDEICOMISO MERCANTIL DE ADMINISTRACIÓN DE ACTIVOS UNIVERSAL (titular actual de MANICHO + ENVOLTORIO A COLORES) mientras ocurría la reactivación de la compañía y el reingreso al mercado con UNIVERSAL SWEET INDUSTRIES, como compañía beneficiaria de dicho fideicomiso y licenciataria de las marcas. MANICHO es una marca que sin lugar a dudas tuvo un reconocimiento especial entre los consumidores, tal es así, que incluso durante los años en que salió del mercado seguía siendo una de las marcas más reconocidas y de enorme aceptación en el consumidor. Con los antecedentes citados, corresponde determinar si la sola falta de uso de una marca tan conocida, que alcanzó el grado de notoriedad, […] puede ser cancelada por un tercero y que éste se beneficie injustamente del esfuerzo y prestigio ajeno.18 (Subrayado fuera de texto)

En este punto es necesario establecer la diferencia entre una marca común y una marca notoria. Al respecto, el tratadista Jorge Otamendi ha determinado que la marca, en su definición más simple, “es el signo que distingue un producto de otro o un servicio de otro.”19 De igual forma, la Decisión 486, en su artículo 134, define a la marca como “[...] cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado”. La norma comunitaria determina que a este tipo de marcas (comunes o corrientes) es factible presentar una acción de cancelación de registro por falta de uso. Pero, como se ha mencionado por la autoridad colombiana, dicha acción no procedería en caso de que el “titular demuestre que la falta de uso se debió, entre otros casos, a fuerza mayor o caso fortuito.”

Por otro lado, también existe la marca a la cual se le da el carácter de notoria, la cual, según el tratadista Carlos Fernández-Novoa, es “[…] aquella que goza de difusión o –lo que es lo mismo – es conocida entre el sector correspondiente de los consumidores de la clase de productos a los que se aplica la marca. La difusión entre el sector correspondiente de los consumidores es el presupuesto de la notoriedad de la marca.”20 También, respecto de la marca notoria, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se ha pronunciado y la caracteriza como “aquella que reúne la calidad de ser conocida por una colectividad de individuos pertenecientes a un determinado grupo de consumidores o usuarios del tipo de bienes o servicios a los que les es aplicable, porque se encuentra ampliamente difundida en dicho grupo.”21 Es decir, se trata de una supra categoría marcaria que hace a dichas marcas merecedoras de una protección especial, debido a su gran difusión en el mercado y a la familiarización que el público tiene con la misma, existiendo inclusive en la Decisión 486 un acápite especial al respecto (Título XIII).

FIDEICOMISO MERCANTIL DE ADMINISTRACIÓN DE ACTIVOS UNIVERSAL (titular a la fecha de MANICHO + ENVOLTORIO A COLORES), alegó que la falta de uso fue por motivo justificado; y, además, que MANICHO era una marca que gozaba del carácter de notoria, puesto que aún cuando ésta no estuvo disponible en el mercado casi por 4 años, entre 2002 y 2006, seguía posicionada en la mente del público consumidor; y no solo eso, sino que seguía teniendo una gran aceptación y reconocimiento. Al respecto, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina aclara que “la notoriedad de la marca no se presume, debe ser probada por quien la alega.”22

FIDEICOMISO MERCANTIL DE ADMINISTRACIÓN DE ACTIVOS UNIVERSAL logró probar en el proceso administrativo no sólo que la falta de uso obedecía a causas justificadas, sino, además, que MANICHO seguía siendo una marca notoria a pesar de su falta de uso. Esto se logró mediante estudios y en-

16 Titular del registro de MANICHO + ENVOLTORIO A COLORES, título de registro 776-97, al momento de la contestación era FIDEICOMISO MERCANTIL DE ADMINISTRACIÓN DE ACTIVOS UNIVERSAL, conforme al certificado de transferencia No. 2116 del 23 de octubre de 2007.

17 La defensa de FIDEICOMISO MERCANTIL DE ADMINISTRACIÓN DE ACTIVOS UNIVERSAL, fue patrocinada por el Ab. Sasha Mandakovic Falconi, socio del estudio jurídico Falconi Puig Abogados.

18 Contestación a la Acción de Cancelación presentada en contra del registro de la marca MANICHO + ENVOLTORIO A COLORES, título de registro 776-97, presentada por FIDEICOMISO MERCANTIL DE ADMINISTRACIÓN DE ACTIVOS UNIVERSAL, presentada en fecha 11 de noviembre de 2009, Pág. 2.

19 Otamendi, Jorge. *Derecho de Marcas*. Tercera Edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999. Pág. 7.

20 Fernandez-Novoa, Carlos. *Fundamentos de Derecho de Marcas*. Madrid: Editorial Montecorvo S.A., 1984. Pág. 32

21 TJCA, Proceso 07-IP-1996.

22 TJCA, Proceso 032-IP-2008.

cuestas que, por un lado, demostraban que hasta el año 2002 los productos identificados con dicha marca ocupaban el 68% del mercado ecuatoriano de chocolates, y por otro lado, que después de su relanzamiento en el año 2006[23] "hasta niños pequeños que hasta mediados de 2006 no habían probado los chocolates, reconocen la marca MANICHO"[24]; y, además, evidenciaron que tan solo en un año y medio, desde su reaparición en el mercado, las ventas de este chocolate llegaban a casi 7 millones de dólares.[25]

Así, el siguiente paso indispensable es preguntarse: ¿Es posible cancelar por falta de uso el registro de una marca notoria? ¿Es correcto que un tercero pueda beneficiarse del prestigio ganado por una marca notoria que dejó de ser utilizada, independientemente de si las razones para su no uso son justificadas o no? ¿En caso de cancelarse una marca notoria, no se estaría induciendo a confusión al público consumidor identificado con una marca y que ahora correspondería a un producto distinto al de su preferencia?

Al respecto, el tratadista colombiano Ricardo Metke Méndez, determina que:

La institución de la cancelación por falta de uso de una marca registrada y notoriamente conocida, debe estar en concordancia con la protección ampliada que a estas marcas le otorga la ley. En este sentido, debe tenerse en cuenta que la protección de la marca notoria no depende de su registro, de manera que su cancelación no priva del derecho a su titular, ni podría generar un derecho de preferencia a favor del solicitante. Desde esta perspectiva la cancelación carecería de interés jurídico.[26] (Subrayado fuera de texto)

También el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, respecto de la cancelación de registro de marcas notorias, ha sostenido en otro caso análogo que:

[…] no es admisible que se permita el aprovechamiento del prestigio ajeno al hacer operante la figura de la cancelación por no uso de la marca notoria de la misma forma en que se haría respecto de una marca que no haya alcanzado tal nivel, ya que en este caso está en juego no sólo el esfuerzo del titular de la marca notoria, sino la protección al público consumidor […].[27] (Subrayado fuera de texto)

Adicionalmente, la División de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia determinó que "[…] por la importancia económica y jurídica que tiene la marca notoria, se busca protegerla especialmente, en casos en los que no haya sido usada, pero sí conocida y difundida como para ser considerada notoria."[28] (Subrayado fuera de texto). Éste fue precisamente el caso de MANICHO, en el cual, la parte accionante pretendía que se cancele el registro de la marca notoria. Tal como se expuso, tanto la autoridad colombiana como el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, dentro de sus interpretaciones prejudiciales, han determinado que no procede la acción de cancelación de un registro por falta de uso en contra de una marca notoria. Sin embargo, ni la Decisión 486, ni la Ley de Propiedad Intelectual ecuatoriana desarrollan el tema de la acción de cancelación del registro por falta de uso de una marca notoria. En consecuencia, el Comité de Propiedad Intelectual, Industrial y Obtenciones Vegetales del IEPI, en el caso objeto de análisis resolvió acertadamente:

SEXTO.- La Sala en base de los argumentos expuestos concluye que, la falta de uso de la marca MANICHO + ENVOLTORIO A COLORES, se debió a causas de fuerza mayor, no imputables a quienes eran titulares de la marca, y dada su notoriedad merece una protección especial. RESUELVE: No hay lugar a la Acción de Cancelación por falta de uso de la marca MANICHO + ENVOLTORIO A COLORES […].[29] (Subrayado fuera de texto)

Así, lo más importante de esta resolución no es la primera parte en la cual se considera que la falta de uso se debió a causas justificadas, figura que es aplicable en

23 FIDEICOMISO DE ADMINISTRACIÓN DE ACTIVOS DE LA UNIVERSAL fue constituido en el año 2005, en el cual sus contribuyentes se encontraban el Comité Especial de los Trabajadores de la Universal S.A. y sus Intermediarios de Servicios, quienes aportaron con 182 marcas, y posteriormente el beneficiario de dicho fideicomiso fue la compañía Universal Sweet Industries S.A., compañía del Grupo Nobis, quien al presente es licenciataria de las marcas.

24 Contestación a la Acción de Cancelación al registro por falta de uso iniciada en contra del registro de la marca MANICHO + ENVOLTORIO A COLORES, título de registro 776-97, presentada por FIDEICOMISO MERCANTIL DE ADMINISTRACIÓN DE ACTIVOS UNIVERSAL, presentada en fecha 11 de noviembre de 2009, Pág. 8.

25 *Crf.* "En el periodo de agosto a diciembre de 2006, Universal Sweet Industries S.A. vendió USD$ 3, 248, 50,00 dólares de chocolate identificado con la marca MANICHO, […] En el periodo de enero a noviembre 2007, […] USD$ 3, 628,289,00 dólares." Ibídem. Pág. 11.

26 Metke Méndez, Ricardo. *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*. "El uso obligatorio de la marca bajo la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina." Julio-Diciembre de 2007. Pág. 106.

27 TJCA, Proceso 28-IP-2007

28 Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 12524 de fecha 30 de abril de 2007, caso de la marca TEJA MOORE (mixta).

29 Resolución del Comité de Propiedad Intelectual, Industrial y Obtenciones Vegetales, Trámite No. 07-062-AC, Signo Distintivo: MANICHO + ENVOLTORIO A COLORES. 05 de agosto de 2011.



las marcas comunes. Es la segunda parte la que contiene el hecho más significativo, en la cual, valorando las pruebas presentadas, se considera y declara a MANICHO como una marca notoria, por lo tanto merecedora de protección especial, dando a entender que ésta es la principal circunstancia por la cual no cabe la acción de cancelación.

4. Conclusión

Si bien es suficiente para legitimar la intervención dentro de esta acción el presentar una solicitud de registro de una marca similar de la cual se pretende su cancelación, ésta es una figura jurídica aplicable a las marcas comunes, mas no para las marcas notorias, pues de permitirlo la norma facultaría a que cualquier tercer interesado se aproveche indebidamente del prestigio y difusión que una marca ha ganado dentro de determinado mercado. Siendo más específicos, quién se vería afectado con dicha conducta es el público consumidor, pues éste está acostumbrado a obtener cierta aptitud y calidad del producto que adquiere y que está identificado con la marca de su preferencia.

En el presente caso, la autoridad administrativa de manera acertada pudo solventar un vacío existente en la legislación, tanto comunitaria como local, en materia de Propiedad Industrial, respecto de la cancelación de registro de marcas notorias y la amplia protección jurídica que estas gozan. Al mismo tiempo, no permitió que otras empresas saquen provecho del prestigio de una marca notoria que, sin lugar a dudas, alancazó tal reconocimiento con ardúo trabajo y esfuerzo de su titular a lo largo de los años, lo que permitió que dicho chocolate continúe siendo identificado con ese mismo renombre hasta el día de hoy, y que nuevamente con sólo escuchar la palabra MANICHO, la gran mayoría de ecuatorianos traigan a su mente la envoltura naranja singular y el relieve de esa afamada barra de chocolate.

5. Bibliografía

Acción de Cancelación presentada por GLOBAL BRANDING S.A.C. en contra del registro de la marca MANICHO + ENVOLTORIO A COLORES, título de registro 776-97, en fecha 06 de junio de 2005.

Real Academia de la Lengua Española RAE. Web. 22 de noviembre de 2012. < http://lema.rae.es/drae/?val=cancelaci%C3%B3n>

Coactiva contra la Universal. El Universo. Economía. Jueves 25 de abril de 2002. 3a.

Comité de Propiedad Intelectual, Industrial y Obtenciones Vegetales.- Primera Sala, Trámite No. 07-062-AC-2S, providencia de 14 de agosto de 2009.

Contestación a la Acción de Cancelación presentada en contra del registro de la marca MANICHO + ENVOLTORIO A COLORES, título de registro 776-97, presentada por FIDEICOMISO MERCANTIL DE ADMINISTRACIÓN DE ACTIVOS UNIVERSAL, presentada en fecha 11 de noviembre de 2009.

Decisión 486, publicada en el Registro Oficial ecuatoriano No. 258 de 02 de febrero de 2001.

"Disputa por propiedad de marcas de La Universal." El Universo. Economía. 22 de julio de 2003.

Fernandez-Novoa, Carlos. Fundamentos de Derecho de Marcas. Madrid: Editorial Montecorvo S.A., 1984.

Gaceta de Propiedad Industrial de Ecuador No. 446, marzo 2002.

Gaceta de Propiedad Industrial de Ecuador No. 499, agosto 2006.

"La firma Thesis embarga 118 marcas y algunos bienes de la fábrica La Universal". El Comercio. Viernes 18 de julio de 2003.

La Universal. Historia Web. Viernes 08 de julio de 2012. <http://www.launiversal.com.ec/#>.

Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 320 de 19 de mayo de 1998.

Metke Méndez, Ricardo. Revista de Estudios Socio-Jurídicos. "El uso obligatorio de la marca bajo la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina." Julio-Diciembre de 2007.

Otamendi, Jorge. Derecho de Marcas. Tercera Edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.

Resolución del Comité de Propiedad Intelectual, Industrial y Obtenciones Vegetales, Trámite No. 07-062-AC, Signo Distintivo: MANICHO + ENVOLTORIO A COLORES. 05 de agosto de 2011.

Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 34908 de fecha 19 de diciembre de 2006, expediente 92-290844 de la marca BRAVA.

Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 12524 de fecha 30 de abril de 2007, caso de la marca TEJA MOORE (mixta).

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, interpretación prejudicial dentro del Proceso 17-IP-1995.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, interpretación prejudicial dentro del Proceso 07-IP-1996.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, interpretación prejudicial dentro del Proceso 038-IP-2002.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, interpretación prejudicial dentro del Proceso 004-IP-2006.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, interpretación prejudicial dentro del Proceso 28-IP-2007.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, interpretación prejudicial dentro del Proceso 032-IP-2008.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, interpretación prejudicial dentro del Proceso 073-IP-2008

LAW REVIEW

Esteban Pérez

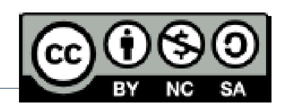
esteban.perez@estud.usfq.edu.ec

Mercados relevantes como un método poco riguroso en la determinación de poder de mercado

Resumen

El método de mercados relevantes ha sido tradicionalmente utilizado en el Derecho de competencia para determinar la posición de dominio de las firmas en cuestión. El Ecuador ha adoptado en su ley este modelo. A través de un análisis jurídico-económico, el presente artículo pretende plantear cuales son las principales inconsistencias que este método tiene. Demostraremos que, por más buena voluntad de los jueces al momento de aplicarlos, los mercados relevantes son inútiles y quedan a pareceres y arbitrios, destruyendo la seguridad jurídica.

Palabras Clave: Competencia, Mercados Relevantes, Teoría Subjetiva Análisis Económico





1. Introducción

El método de mercados relevantes es ciertamente el que más acogida ha tenido en las legislaciones y doctrina al momento de determinar una situación de posición dominante. La legislación ecuatoriana no ha sido la excepción. Sin embargo, existe una crítica crucial a este modelo desde el plano teórico, que demuestra sus peligrosas consecuencias en la práctica.

El presente artículo pretende explicar el error conceptual en la teoría de mercados relevantes. Se concluye así, a través del análisis jurídico y económico, que este método no es una herramienta adecuada para obtener la información que se busca. Por su amplitud en la aplicación, representa un peligro para los actores económicos sometidos a juicios de competencia, colocándolos a la merced de los criterios de la autoridad.

2. Definición de Mercado Relevante

Existen varias definiciones de mercado relevante como elemento necesario para el establecimiento de la posición dominante. Me permito traer a colación la del profesor Herbert Hovenkamp, "[a] properly defined relevant market is a grouping of sales sufficiently isolated from other output that is capable of being monopolized or cartelized for a prolonged period (typically one year or more)"[1]. Ésta definición es clara y permitirá contrastar, en secciones posteriores, cómo las situaciones que corresponde a la autoridad analizar, nunca aparecen de forma tan "aislada" y objetiva como aquí se nos quiere presentar. Las vicisitudes avenientes son tales que este criterio, generalmente aceptado, no tiene ninguna aplicación práctica cuando es contrastado con el conocimiento económico.

En nuestra legislación el concepto es vagamente descrito en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), a manera de prólogo a la Sección 2 del Capítulo 2 de la Ley, que es en la que trata el poder de mercado, más conocido en doctrina internacional como posición dominante. En la legislación andina, que ha servido como marco referencial, ni siquiera se intenta generar una definición de la misma.[2] Es la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, la encargada de hacer el análisis económico necesario en cada caso para determinar

1 Hovenkamp, Herbert. *The Antitrust Enterprise.* Cambridge: Harvard University Press, 2005. Print. Principle and Execution. P. 97

2 Comunidad Andina de Nacines, Decisión 608, artículo 9

la extensión del mercado relevante. Si bien la legislación no establece de forma concreta cómo determinar un mercado revelante, el artículo de la LORCPM contiene ciertos parámetros de referencia. Ellos son: (i) las características del mercado del producto o servicio, (ii) el mercado geográfico y (iii) las características de los agentes de dicho mercado.

En primer lugar, se debe considerar el mercado como aquel del bien a investigarse y de sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, que es siempre complejo, la ley establece los parámetros referenciales: preferencias de los consumidores, características, usos y precios de los sustitutos, y las posibilidades tecnológicas y tiempo requerido para la sustitución.

El mercado geográfico considera la ubicación de las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto sustituto al investigado. Para ello, se evaluará costos de transporte, modalidades de venta y barreras al comercio.

La última observación que se hace es la equiparabilidad de los agentes del mercado. Es decir, se debe determinar si los sujetos, vendedores y consumidores de los productos sustitutos son equiparables a los del producto investigado. Los criterios de determinación de esta equiparabilidad son: las características de la superficie de venta, el conjunto de bienes que se oferta, el tipo de intermediación y la diferenciación con otros canales de venta o distribución del mismo producto. Es este último criterio el que nos trae la ley como innovación y que, si es considerado por la autoridad, trae nuevas complicaciones a la ya, me atrevo a decir, imposible tarea de establecer mercados relevantes.

Cuando se compara la posición de la ley con la doctrina general del derecho de competencia, se ve que los criterios que la última trae son (a) el geográfico, (b) el temporal y (c) el objetivo.[3] La legislación ecuatoriana no considera el criterio temporal de los bienes sustitutos.

El criterio objetivo es similar al análisis de las características del mercado del producto o servicio del que habla la LRCPM. No se mira la identidad física o técnica del bien con sus sustitutos, sino su capacidad de satisfacer las mismas necesidades del consumidor. Es un análisis de fungibilidad de los productos para los mismos fines.[4] Este criterio es el centro de la discusión sobre la determinación de mercado relevante, ya que, en la teoría, es la existencia de otros vendedores con buenos sustitutos que limitan la capacidad de abuso de cualquier actor. [5] Es intención del presente trabajo exponer cómo, una vez analizada la teoría económica, es este criterio en el que la autoridad va a encontrar una imposibilidad de establecer satisfactoriamente un mercado relevante.

Ahora, es prudente hacer un análisis de aquellas situaciones en las que, si bien se puede presentar una apariencia de mercado relevante reducido, de hecho, no lo hay. En primer lugar, tenemos el caso de los consumidores de productos que se encuentran "locked in"[6] a seguir consumiendo bienes de determinado oferente. Es decir, consumidores que por compatibilidad con productos ya adquiridos, se ven forzados a seguir comprando productos del mismo vendedor. Un ejemplo de esto, es el caso *Kodak* de 1992, en el que la Corte Suprema de los Estados Unidos resolvió que el mercado relevante en cuestión era el de los consumidores dependientes a productos de la marca, y en base a ello decidió que existía un abuso de la posición dominante. Ello a pesar que la cuota de mercado que *Kodak* al momento sostenía era del 23%.[7]

Por otro lado están los casos de las franquicias. En este tipo de contratos el franquiciante tiene una situación de poder contractual, al permitírsele cargar precios más altos al franquiciado que desea utilizar la franquicia. Considerar que en este tipo de casos, el mercado relevante sería el de franquiciantes de una misma franquicia no es mas que una desnaturalización del concepto.[8] Estos dos tipos de casos expuestos no entran en el presente análisis.

Concluyo este acápite señalando que la aplicación de la metodología de mercado relevante, por su propia naturaleza, no ha sido uniforme a lo largo del tiempo. Por ejemplo, en los Estados Unidos, en la época de Earl Warren (1953-1969) como Chief Justice de la

3 Cfr. Rengifo García, Ernesto. *Del Abuso Del Derecho Al Abuso De La Posición Dominante.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. Print. P. 412

4Cfr. *Id.* P. 413-414

5 Cfr. Posner, Richard. *Antitrust Law*. Chicago: The University of Chicago Press, 2001. Print. P. 148

6 Por "locked-in" me refiero a los usuarios que se ven forzados a comprar productos de un mismo proveedor por la compatibilidad de ellos con productos adquiridos anteriormente.

7 Cfr. Hovenkamp, Herbert. *The Antitrust Enterprise*. Cambridge... Óp. cit. P. 98

8 Cfr. *Ibíd*



Corte Suprema, la aplicación del Derecho de la competencia era considerablemente menos rigurosa y más dura;[9] en la actualidad, como el mismo Hovenkamp señala: "... are fewer decisions upholding findings of market power based on small, idiosyncratically drawn markets that could never be monopolized"[10]

3. Teoría Subjetiva del Valor

La revolución marginalista que aparece en los 1870s, fue la responsable de esbozar esta teoría subjetiva del valor. Ésta corrigió la generalmente aceptada teoría del valor objetivo de Adam Smith. Sus tres grandes promotores fueron William Stanley Jevons, León Walras y Carl Menger, que de forma separada desarrollaron una teoría del valor basada en preferencias subjetivas.[11] Esta revolución constituyó un hito histórico en la economía, pasando a ser incorporada a la mayor parte de escuelas de pensamiento económico, con ciertas sutiles diferencias conceptuales en cada una.

Lo que sostienen los marginalistas es que el valor de los diferentes bienes en mercado no está determinado por la naturaleza ni por características propias de los mismos. Son las preferencias de los individuos las que, acumuladas, determinan los precios a los que los bienes se comercializan. Para cada individuo, los bienes son medios para satisfacer distintos fines, para pasar de una situación menos satisfactoria a una más satisfactoria. Estos valores o fines no se pueden cuantificar, por lo que no pueden ser intersubjetivamente comparados.[12]

La determinación de precios en intercambio indirecto -con el uso de dinero- aparece de forma similar a la del cambio directo -trueque-. El precio es la cantidad de un producto A por el que se puede intercambiar un producto B, y varía según la apreciación subjetiva que los individuos en búsqueda de aquel producto tengan de él. El precio en dinero es la cantidad del mismo que se requiere, según los mismos principios, para intercambiarlo por un producto A.[13]

Por la naturaleza de la economía y el estudio del mercado, que se basa en las interacciones individuales de seres humanos con preferencias que desconocemos, la ciencia económica no permite realizar experimentos con resultados objetivos como las ciencias naturales. Como explica Mises:

> Ignoring the radical epistemological difference between the natural sciences and the sciences of human action, people believe that what is needed to further economic knowledge is to organize economic research according to the well-tried methods of the institutes for medical, physical, and chemical research.[14]

4. Mercados Relevantes y la Teoría Subjetiva del Valor

Al contrastar la teoría subjetiva del valor con los métodos de determinación del mercado relevante, encontramos que a través de los últimos se pretende llegar a conclusiones técnicamente imposibles. Ningún actor tiene el conocimiento del mercado suficiente para lograr este cometido. Toda definición de mercado relevante no deja de estar influenciada por consideraciones subjetivas de quien hace el juicio.

Para empezar, a criterio de Posner, el mercado relevante sólo debe incluir los buenos sustitutos para el producto en cuestión.[15] Todo producto, dice el autor, elevado a muy altos precios, empieza a encontrar que los consumidores lo reemplazan con sustitutos imperfectos.[16]

Sin embargo, el criterio para que Posner sólo considere los sustitutos perfectos como apropiados para formar el mercado relevante es, hasta cierto punto, discrecional:

> In a market so broadly defined as to include poor substitutes, the large number and small market shares of individual sellers will understate the feasibility of collusive or monopolistic pricing, so it seems better to use the narrower definition.[17]

La apreciación de Posner hace evidente la falta de rigurosidad que ya de por sí existe en la aplicación del método de mercados relevantes. Si toda demanda es,

9 Cfr. *Id.* P. 1

10 *Id.* P. 97

11 Cfr. Rothbard, Murray N. *An Austrian Perspective on the History of Economic Thought*. II. Auburn: Ludwig von Mises Institute, 2009. Print. Classical Economics. P. vii-viii

12 Cfr. Rothbard, Murray N. *Man, Economy and State*. Auburn: Ludwig von Mises Institute, 2004. Print. With Power and Market. P. 17-21

13 Cfr. *Id.* P. 233-236

14 Mises, von, Ludwig. *Human Action*. Auburn: Ludwig von Mises Institute, 2006. Print. A Treatsie on Economics. P. 863

15 Cfr. Posner, Richard. *Antitrust Law. Óp. cit.* P. 149

16 Cfr. *Ibíd.*

17 *Ibíd*

hasta cierto punto elástica, se debe concluir que todo actor económico encuentra un límite a una determinación arbitraria de precios. No existe el monopolio perfecto capaz de afectar al mercado de forma determinante. Restringir el concepto a sustitutos perfectos y no extenderlo a sustitutos imperfectos por considerar que esto último permitiría abusos, no es más que un parecer y no un razonamiento amparado en leyes económicas ni en conceptos jurídicos. Si los mercados relevantes son determinados de forma restringida, cualquier cambio de precios puede llegar a considerarse abusivo. Si, por el contrario, se lo considera de forma más amplia, no existe cambio de precios ni acuerdo comercial capaz de ser detectado y penalizado.[18]

Ahora, tomando la posición de Posner, el método para determinar cuáles son los sustitutos perfectos es el siguiente. Se debe observar la variación de precios del producto investigado en relación a la variación de precios del producto que se cree es un sustituto perfecto. Una fuerte correlación en tiempos coincidentes se considera indicador de que ambos productos pertenecen al mismo mercado relevante. Ello ya que el mercado empujaría a los consumidores de uno a otro producto cuando aparecen estas variaciones de precios.[19]

Sin embargo, analizado desde el punto de vista económico, y tomando en cuenta la subjetividad del valor, este acercamiento también tiene serios problemas. Para el análisis utilicemos como ejemplo el mercado de dos productos similares, soda y cerveza. Constatando una variación de precios en ambos, no existe método eficaz para determinar que ésta se dé en un producto por su relación con el otro.[20] Elementos de rivalidad diferentes -como son la publicidad, el mercadeo o el simple cambio de las preferencias de los consumidores- por otro lado, pueden afectar precios de un producto de forma diferente -y a veces contraria- a una variación de precios del otro. La prueba de elasticidad cruzada ve a la competencia como un fenómeno unidimensional.[21] Estas consideraciones, que no nos permiten dilucidar con exactitud si deben incluirse o no ambos productos en el mismo mercado relevante, nos llevan a las preguntas: ¿Es el mercado relevante de sodas sólo sodas, o también incluye cervezas? ¿Incluye agua embotellada y jugos?

Estas preguntas, - son de crucial importancia. Cómo contestemos a cualquiera de las preguntas arriba planteadas puede traer consecuencias totalmente diversas en un juicio de competencia. Si se incluye sólo sodas, cualquier fusión entre compañías puede ser un intento de monopolización. En el caso de todas las bebidas que se comercializan, no existiría posición dominante aún así existiera un sólo productor de sodas. Sin una definición científica y exacta de mercados relevantes, no existe forma de determinar qué niveles de concentración afectan al mercado.[22]

Aquí llegamos al punto con el que iniciamos, y es el concepto de mercados relevantes de Hovenkamp.[23] Como queda en evidencia, es imposible encontrar mercados lo suficientemente aislados de otros productos que nos permitan, de forma categórica, definirlos sin que se vean afectados por la totalidad de la economía. Cualquier análisis que tome como base un mercado relevante tiene que ser, por ende, parcializado, pues es imposible cumplir con la deontología del mecanismo.

Luego, y como argumento concluyente para determinar las imposibilidades teóricas en la determinación de mercados relevantes, me permito citar al premio Nobel de economía Friedrich A. Hayek cuando trata la dispersión del conocimiento en mercado:

> The peculiar character of the problem of a rational economic order is determined precisely by the fact that the knowledge of the circumstances of which we must make use never exists in the concentrated or integrated form, but solely as the dispersed bits of incomplete, and frequently contradictory knowledge which all the separate individuals posses. The economic problem of society [...] is rather a problem of how to secure the best use of resources known to any of the members of society, for ends whose relative importance only these individuals know.[24]

Como bien nos indica Hayek, y es corolario de lo ya mencionado, el verdadero problema de la economía es

18 Cfr. Armentano, Dominick. *Antitrust.* Auburn: Ludwig von Mises Institute, 2007. Print. The Case for Repeal. P. 84

19 Cfr. Posner, Richard. *Antitrust Law...* Óp. cit. P. 149

20 Cfr. Armentano, Dominick. *Antitrust...* Óp. cit.P. 84-85

21 Cfr. Armentano, Dominick. *Antitrust and Monopoly:.* Oakland: The Independent Institute, 1999. Print. Anatomy of a Policy Failure. P. 36

22 Cfr. Armentano, Dominick. *Antitrust...* Óp. cit. P. 85

23 Cfr. Hovenkamp, Herbert. *The Antitrust Enterprise...* Óp. cit. P. 97

24 Hayek, Friedrich A. "The Use of Knowledge in Society." *The American Economic Review* xxxv (1945): 1–13. Print. P. 519-520



que no existe concentrado en un sólo actor todo el conocimiento para determinar cuál es la mejor locación de recursos en sociedad. Ello porque para saberlo, se deben conocer las preferencias subjetivas de cada uno de los individuos. Preferencias estas que por su naturaleza son incomunicables como un todo. Además, los gustos y valores son constantemente cambiantes, por lo que, aunque se llegase a conocer todas las preferencias en un instante dado, al instante siguiente ellas serían caducas.

Como mencionábamos con anterioridad, los sustitutos que se buscan en mercado son aquellos que satisfacen las mismas necesidades.[25] Si consideramos que las necesidades son íntimas de cada individuo en mercado, incapaces de transmitirse en su totalidad pues son parte de sus preferencias subjetivas, entonces encontramos, la verdadera imposibilidad de una empresa tal, pues implicaría compilar información tan amplia y diversa que vuelve a la tarea imposible. A esto se agrega el concepto de equiparabilidad de agentes de mercado que trae nuestra LORCPM, con todas sus consideraciones, y resulta en una completa falta de técnica y precisión científica del método de mercados relevantes. Sin embargo, éste sirve a autoridades para juzgar lo que consideran "abusos de poder de mercado".

5. Caso *Staples*

Un caso que merece análisis es el caso de la Federal Trade Comission (FTC) de los Estados Unidos contra la súper tienda de implementos de oficina Staples. En 1997 la FTC solicita a la Corte Distrital un *preliminary injunction,*[26] en oposición a la fusión entre las súper tiendas de oficina Staples y Office Depot. La Corte acepta los argumentos de la FTC y detiene la fusión entre ambas compañías.[27]

Como antecedentes, Staples era la segunda súper tienda de implementos de oficina, contando con 550 tiendas en 28 Estados, centralizada en el norte y en California. Office Depot era la más grande tienda de este tipo, con 500 locales en el sur y la costa este de Estados Unidos. En el Distrito de Columbia, operaban ambas empresas y la única otra empresa de éste tipo era Office Max. Inician un plan de fusión en el que Office Depot se uniría a Marlin Acquisition Corp. -empresa creada para el efecto- y ambas pasarían a ser parte de Staples. El 10 de marzo del referido año, luego de una investigación, la FTC solicita el *preliminary injunction* a la Corte Distrital.[28]

Llama la atención en este caso que la FTC determina como mercado relevante *exclusivamente* las súper tiendas de implementos oficina. Ello sin considerar la oferta total que existía de los productos en cuestión y las bajísimas barreras de entrada en la industria. Existían al momento una serie de oficinas independientes que comercializaban implementos de oficina, incluyendo a gigantes como Best Buy y Walmart. Un estudio de William A. Niskanen demuestra que si se hubiese analizado la verdadera oferta de implementos de oficina, entre ambas empresas combinadas alcanzaban sólo el 5 por ciento del mercado en 1996.[29]

En lo expuesto encontramos el que es, tal vez, el más patente caso de más uso de la definición de mercados relevantes. Evidentemente la FTC quiso lograr lo que es metódicamente imposible. No existen métodos efectivos y objetivos para determinar un alcance del mercado, por lo que las partes se ven obligadas a atenerse a la antojadiza decisión de las autoridades. Es así como una fusión, con potenciales beneficios económicos para el mercado, fue obstaculizada por un análisis económico equivocado.

6. Conclusión

El problema con los mercados relevantes trasciende a los juzgadores y autoridades. Va más allá de la falta de técnica, conocimiento económico o metodología de los mismos. Es un problema teórico, una contradicción en sí mismo e intentar dilucidarlo es una empresa imposible. Ello porque no se puede pretender que un ser humano, grupo o computador tenga el conocimiento para determinarlo con exactitud. Esta incapacidad se da por la naturaleza misma del mercado, de preferencias subjetivas siempre cambiantes, que hacen inviable el determinar a quién beneficia y a quién perjudica las fluctuaciones en los precios, cualquiera sea su causa.

El método de análisis de mercados relevantes para

25 Cfr. Rengifo García, Ernesto. *Del Abuso Del Derecho Al Abuso De La Posición*... Óp. cit.P. 413-414

26 Orden Preliminar

27 Cfr. Corte Distrital del Distrito de Columbia, *Caso FEDERAL TRADE COMMISSION, Plaintiff, v. STAPLES, INC., Defendants*. Washington D.C., 1997. Print.

28 Cfr. *Ibíd.*

29 Cfr. Niskanen, William A. "Welcome to the FTC Follies! Kicking Around the Staples-Office Depot Merger", *Legal* Times, Junio 16, 1997, p.26 Citado en Armentano, Dominick. *Antitrust... Óp. cit.* P. 89

determinar la posición dominante de un actor económico no es efectivo para determinar las distorsiones de mercado. Por su falta de rigurosidad, es sujeto a interpretaciones del más alto rango de variedad, dando como consecuencias siempre resultados diferentes. Somete a los actores económicos a pareceres de las autoridades encargadas de juzgar y bajo ningún concepto solucionan las distorsiones que en mercado se pueden presentar.

Los beneficios del mercado son, justamente, que a través de su orden espontáneo y la comunicación tácita entre actores, permite a toda una sociedad localizar mejor la producción. No es más que una fantasía el esperar que funcionarios públicos puedan determinar, en un fenómeno tan complejo, supuestos errores de locación. Y las leyes que para éste efecto se crean están viciadas de lo que en este estudio se ve, la imposibilidad teórica y práctica. Es una irresponsabilidad legislar al mercado sin conocer su naturaleza, pues es ahí cuando se causan las verdaderas distorsiones.

No ofrezco una alternativa al sistema, pues el motivo mismo de éste ensayo es mostrar las dificultades prácticas que se presentan al tratar de regular algo que, por su misma naturaleza, no puede ni debe ser regulado. Mi intención en este trabajo es simplemente señalar los diferentes conflictos que el ordenamiento de regulación de la competencia tiene tanto en el Ecuador, como en otros países.

7. Anexos

Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado

Art. 5.- Mercado relevante.- A efecto de aplicar esta Ley la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará para cada caso el mercado relevante. Para ello, considerará, al menos, el mercado del producto o servicio, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado.

El mercado del producto o servicio comprende, al menos, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; los costos de la sustitución; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución.

El mercado geográfico comprende el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, los costos de transporte, las modalidades de venta y las barreras al comercio existentes.

La determinación del mercado relevante considerará las características particulares de los vendedores y compradores que participan en dicho mercado. Los competidores de un mercado relevante deberán ser equiparables, para lo cual se considerará las características de la superficie de venta, el conjunto de bienes que se oferta, el tipo de intermediación y la diferenciación con otros canales de distribución o venta del mismo producto.

8. Bibliografía

Armentano, Dominick. *Antitrust and Monopoly:*. Oakland: The Independent Institute, 1999. Print. Anatomy of a Policy Failure.

Armentano, Dominick. *Antitrust*. Auburn: Ludwig von Mises Institute, 2007. Print. The Case for Repeal.

Hayek, Friedrich A. "The Use of Knowledge in Society." *The American Economic Review* xxxv (1945): 1–13. Print.

Corte Distrital del Distrito de Columbia, *Caso FEDERAL TRADE COMMISSION, Plaintiff, v. STAPLES, INC., Defendants*. Washington D.C., 1997. Print.

Hovenkamp, Herbert. *The Antitrust Enterprise*. Cambridge: Harvard University Press, 2005. Print. Principle and Execution.

Mises, von, Ludwig. *Human Action*. Auburn: Ludwig von Mises Institute, 2006. Print. A Treatsie on Economics.

Posner, Richard. *Antitrust Law*. Chicago: The University of Chicago Press, 2001. Print.

Rengifo García, Ernesto. *Del Abuso Del Derecho Al Abuso De La Posición Dominante*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. Print.

Rothbard, Murray N. *An Austrian Perspective on the History of Economic Thought*. II. Auburn: Ludwig von Mises Institute, 2009. Print. Classical Economics.

Rothbard, Murray N. *Man, Economy and State*. Auburn: Ludwig von Mises Institute, 2004. Print. With Power and Market.

LAW REVIEW
Universidad San Francisco de Quito LAW REVIEW

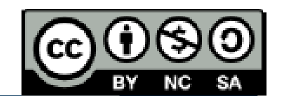
María Nazaret Ramos Rosas
maria.ramos@estud.usfq.edu.ec

Imprecisiones respecto al Derecho a la Resistencia en el Ecuador

Resumen

El derecho a la resistencia, un derecho ejercido en significativos acontecimientos como la Revolución Francesa, fue, por primera vez, reconocido en el Ecuador a través de la Constitución aprobada en el año 2008. Sin embargo, esto no significa que se trate de un derecho no antes ejercido por los ecuatorianos, o que su invocación se dé infrecuentemente por el desconocimiento al mismo. Por el contrario, hay claros ejemplos que demuestran que el derecho a la resistencia se ha manifestado en el Ecuador, pero no siempre de una forma adecuada, por lo que, por tales razones y por la generalidad con la que éste fue reconocido en la Constitución, resulta imprescindible conocer su contenido, ya que faculta de amplias potestades a sus titulares, siendo posible incluso equipararlo con una garantía constitucional.

Palabras clave: Derecho a la resistencia, ejercicio de derechos, derecho humano, Constitución, Revolución Francesa, garantía constitucional.





1. Introducción

En el Ecuador contamos con muy poca información sistematizada sobre el derecho a la resistencia. Contribuir al desarrollo y ampliación de un asunto de tanta trascendencia y actualidad es el objetivo del presente trabajo. Partiendo del hecho de que el sistema legal ecuatoriano y sus partícipes se encuentran mínimamente familiarizados con las implicaciones del derecho a la resistencia, la investigación que se propone es aclarar ciertas imprecisiones que giran en torno mismo, con el fin de que se lo reconozca y ejerza con responsabilidad, pues su alcance y poderío rebasan la concepción que comúnmente se tiene respecto a un derecho.

En esta línea de reflexión lo que se pretende es demostrar cómo el derecho a la resistencia, inherente a la naturaleza humana, no surgió en el Ecuador a partir de su reconocimiento expreso en la Constitución aprobada por referéndum el año 2008. No obstante, es desde aquel momento que se destacan las mayores inquietudes respecto a cómo y cuándo ejercerlo. De hecho, los administradores de justicia han sido los más proclives a confundir el derecho a la resistencia en las controversias que ante ellos se presentan. Mientras que los titulares del mismo lo han ejercido de tal forma que han quebrantado reglas establecidas en el ordenamiento ecuatoriano, llegando incluso a provocar situaciones de fraude a la ley. De esta forma, en el Ecuador, no se está cumpliendo con la esencia que el derecho a la resistencia conlleva, y gran parte de los sujetos que lo invocan no han sido capaces de notar que, por medio de él, podrían incluso adquirir otros derechos a los ya consagrados y mejorar así la situación en la que encuentren, característica que hace de éste un derecho excepcional.

En consecuencia, el presente trabajo analiza el contenido del derecho a la resistencia, sus antecedentes históricos, los casos ecuatorianos en los que ha sido invocado, la arbitrariedad a la que puede dar paso y cómo debería ser interpretado por los administradores de justicia y ejercido por sus titulares.

2. Imprecisiones respecto al Derecho a la Resistencia en el Ecuador

A partir de la entrada en vigencia de la Constitución ecuatoriana del año 2008, un derecho, nunca antes consagrado en la normativa interna, ha sido reconocido en favor de toda persona: el derecho a la resisten-

cia. La Constitución, respecto al mencionado derecho, prescribe que:

Art. 98.- Los individuos y los colectivos podrán ejercer el derecho a la resistencia frente a acciones u omisiones del poder público o de las personas naturales o jurídicas no estatales que vulneren o puedan vulnerar sus derechos constitucionales, y demandar el reconocimiento de nuevos derechos

Para un mejor entendimiento del derecho analizado cabe remitirnos al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el que entre las acepciones de "resistencia" refiere al "[c]onjunto de las personas que, clandestinamente de ordinario, se oponen con violencia a los invasores de un territorio o a una dictadura"[1]; mientras que, por "resistencia pasiva", explica que es la "[r]enuencia a hacer o cumplir algo"[2]; a su vez, el verbo "resistir" es definido como el "[o]ponerse con fuerza a algo"[3]. Quiere decir entonces que, el derecho a la resistencia es la facultad concedida a los ciudadanos por medio de la cual se les permite a estos ejercer medidas de oposición con el fin de garantizar el respeto y ejercicio de sus Derechos Humanos que se crean vulnerados, o el reconocimiento de nuevos derechos, cuando por otros medios institucionales, por ejemplo una acción judicial, no se lo ha conseguido.[4] Es así que la forma de manifestación del derecho a la resistencia, conforme lo han establecido ciertos autores, puede ser activa o pasiva, omisiva (no hacer lo que se ordena) o comisiva (hacer lo que se prohíbe), individual o colectiva, clandestina o pública, pacífica o violenta, orientada a cambios de una norma, sistema legal o de la organización o estructura Estatal.[5]

Cabe destacar que, al tratarse de un derecho humano y de jerarquía constitucional, por disposición del artículo 11 de la Carta Magna del Ecuador, la resistencia se deberá ejercer de acuerdo a ciertos principios. Uno de estos es la directa e inmediata aplicación del derecho, esto es, que no se exijan condiciones o requisitos para su ejercicio además de los establecidos en la Constitución o Ley. Otro de los principios se refiere a que es un derecho plenamente justiciable, cuyo cumplimiento se debe garantizar por parte de todas las autoridades del Estado. Adicionalmente, por disposición de la misma norma constitucional, el contenido del derecho a la resistencia no puede ser restringido por ninguna norma jurídica, y la interpretación que se dé al mismo se la hará de la forma más favorable. Lo mencionado demuestra las amplias facilidades y protecciones con las que en el Ecuador se puede ejercer resistencia, sin que, de la misma forma, se establezcan límites que impidan su mal ejercicio.

Si bien el derecho a la resistencia constituye una novedad en el sistema legal ecuatoriano, no ocurre lo mismo en otros Estados, puesto que, como se ha dicho anteriormente, se trata de un derecho humano por lo que ha existido a la par de las personas naturales. Hemos de recordar que el carácter humano y natural del derecho a la resistencia fue altamente apreciado por los franceses, quienes en 1789 promulgaron la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en donde constaba ya el derecho a la resistencia:

Artículo 2.- La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la **resistencia a la opresión.** [Lo resaltado me pertenece]

Más aún, los representantes del pueblo francés reunidos en la Asamblea que promulgó la antes referida Declaración, reconocieron el derecho a la resistencia junto con otros derechos

[…] a fin de que los actos del poder legislativo y del poder ejecutivo, al poder cotejarse a cada instante con la finalidad de toda institución política, sean más respetados y para que las **reclamaciones** de los ciudadanos, en adelante fundadas en principios simples e indiscutibles, redunden siempre en beneficio del mantenimiento de la Constitución y de la felicidad de todos.[6] [Lo resaltado me pertenece]

1 Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Vigésima Segunda Edición.

2 Ibíd.

3 Ibíd

4 Wilton Guaranda. "La Consulta Previa y el Derecho a la Resistencia". *Nuevas instituciones del Derecho Constitucional ecuatoriano*. (Ed.) David Cordero. Cotopaxi: Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos INREDH, 2009. p. 144

5 José Arico y Jorge Tula. *Diccionario de Política*. Siglo Veintiuno Editores: 2005. p. 479

6 Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia). 26 de agosto de 1789.



Texto que proporciona evidencia de la gran importancia que se concedió en Francia al hecho de oponerse y reclamar, es decir, a ejercer el derecho a la resistencia. Contenido que se vio en aquella sociedad como una necesidad natural del ser humano tras haber vivido muchos años bajo la opresión de la monarquía y sin facultad alguna de poder resistirse a las decisiones de sus autoridades por más perjudiciales que éstas hayan sido. Por esto, se considera a la Revolución Francesa la máxima expresión de resistencia, pues todas las acciones que se llevaron a cabo en este acontecimiento histórico, aun cuando implicaron el desconocimiento del Rey, lo que en aquel momento se consideraba poder legítimo, se justificaron en el derecho a la resistencia que por naturaleza les correspondía ejercer a los ciudadanos franceses frente a las violaciones de sus derechos por parte del soberano. Sin duda, el experimentar la falta y negación de este derecho les permitió reconocer que los seres humanos necesitan mostrar su desaprobación a aquello que los afecta individual y colectivamente.

El antecedente francés nos permite notar que en el Ecuador, a pesar de que el derecho a la resistencia no estuvo antes expresamente consagrado entre sus normas, sí ha sido ejercido, aunque no siempre con las limitaciones respectivas de todo derecho humano. De hecho, para algunos autores, manifestaciones del derecho a la resistencia en el Ecuador han sido, por ejemplo,

> […] los actos realizados por los diferentes movimientos sociales que derrocaron a los presidentes Bucaram, Jamil Mahuad y Lucio Gutiérrez […] porque se derrocó a gobiernos que fueron calificados como corruptos y violadores de derechos humanos […] por tanto debemos considerar que son actos del ejercicio del derecho a la resistencia.[7]

En la actualidad, una vez que el derecho a la resistencia fue reconocido en la Constitución ecuatoriana, muchos han optado por invocarlo en defensa de sus intereses y como justificativo de su accionar. Sin embargo, el ejercicio de este derecho ha llevado a convertirlo en un medio de defensa ante actos antijurídicos e inmorales en los cuales éste derecho no resulta aplicable. Tal es el caso de Floresmilo Villalta a quien se le acusó de haber violado a una menor edad, frente a lo cual invocó el derecho a la resistencia con el fin de verse beneficiado de la amnistía que la Asamblea Nacional Constituyente concedió a ambientalistas que quisieran ejercer el derecho a la resistencia en defensa del ambiente y sean acusados por haber cometido delitos políticos. Aunque el tipo penal "violación" no es, bajo ningún parámetro, un delito político, la Corte Constitucional reconoció dicha amnistía en favor de Villalta, a pesar de que los jueces penales rechazaron previamente dicho argumento.[8] Este ejemplo podría ser visto como un caso de fraude a la ley, pues la legalidad de ejercer el derecho a la resistencia, conforme los establecía la referida Amnistía, fue empleada para permitir el cometimiento de otras acciones sancionadas bajo las leyes penales.

A diferencia del ejemplo anterior, en otros casos en los que se ha invocado el derecho a la resistencia en el Ecuador, no se ha concedido la misma importancia y reconocimiento a dicho derecho por parte de las autoridades judiciales, constitucionales o administrativas, pues, al contrario, se ha preferido hacer caso omiso del mismo con el fin de que éste no produzca ningún efecto en la sociedad. Tal es la situación de los siguientes casos de conocimiento general en el país:

La resistencia de la Unión Nacional de Educadores a ser evaluados por el Ministerio de Educación en el año 2009,[9]

La resistencia del sector indígena a la explotación minera a gran escala en ciertas zonas del país,[10]

La resistencia del Sindicato de Trabajadores de Machala a la decisión, emanada por el director de Servicios Públicos del Municipio de Machala, en la que

7 Mélida Pumalpa y Rodrigo Trujillo. *Criminalización de los Defensores y Defensoras de Derechos Humanos en Ecuador*. Quito: Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, 2011. p. 54.

8 Corte Constitucional. Sentencia No. 0004-09-SAN-CC. Caso No. 0001-08-AN. Registro Oficial Suplemento 43 de 8 de Octubre del 2009.

9 Sobre la resistencia de la UNE, *vid*. *Maestros ratifican derecho a la resistencia*. http://www.lahora.com.ec/index.php/noticias/show/886893/-1/Maestros_ratifican_derecho_a_la_resistencia.html (acceso: 06/07/2012).

10 Sobre la resistencia del sector indígena, *vid*. *Demandan a Correa por $30 millones*. http://www.lahora.com.ec/index.php/noticias/show/1101143778/-1/Demandan_a_Correa_por_$30_millones.html (acceso: 06/07/2012).

se considera que fueron despedidos injustificadamente 17 trabajadores del Municipio de dicha localidad,[11]

La resistencia de las Comunidades Campesinas de Río Grande a la construcción de una Hidroeléctrica denominada "Proyecto Propósito Múltiple Chone" por la que se expropiaría y afectaría a 215 predios, además del daño ambiental que esta construcción generaría en el sector,[12]

La resistencia de la Cervecería Nacional a "un fallo judicial que dispuso a la empresa el pago de más de 90 millones de dólares a un grupo de ex empleados que la acusan de no haberles pagado los beneficios que por ley les corresponde",[13]

La resistencia pacífica de los transportistas de Carchi al transporte ilegal y a la inseguridad producto de haber no haber control tránsito por parte de la policial en dicha zona,[14]

La resistencia de un grupo de estudiantes universitarios liderados por el dirigente de la Federación de Estudiantes Universitarios del Ecuador frente al proceso y resultado electoral en el que se nombró al rector de la Universidad Técnica de Manabí en mayo del 2012,[15]

Igualmente, juristas como el Dr. Jaime Vintimilla, recomendaron ejercitar el derecho a la resistencia en casos como el de los ex magistrados de la Corte Suprema que se vieron obligados a laborar de forma prorrogada mientras se realizaba el procedimiento para nombrar a los jueces de la actual Corte Nacional de Justicia.[16]

Como otro punto a destacar en los casos descritos, hemos de señalar que el derecho a la resistencia se ha opuesto a decisiones de autoridades públicas, ya sean estas judiciales o administrativas. No obstante, conforme lo permite la Constitución, este derecho también puede ser planteado en contra de personas de derecho privado, lo cual puede resultar en una arbitrariedad por cuanto eso "se extiende a los actos u omisiones de empresas, corporaciones, sindicatos, gremios, etc., de naturaleza privada, y a lo que hagan o dejen de hacer las personas naturales"[17]. Es decir, mediante este derecho se podría desconocer las decisiones que tome cualquier persona si se llegase a considerar que vulnera en aquel momento o en un futuro lejano o cercano derechos constitucionales, todo lo cual generaría un caos en la sociedad al no especificarse los medios o acciones que están amparadas en el ejercicio de este derecho. Esto demuestra que la resistencia como derecho otorga una poderosa facultad a sus titulares, ya que "la procedencia de la acción queda librada al criterio y a la valoración de quien resiste, es decir, al arbitrio de cada interesado, que se convierte en juez de cada circunstancia y en ejecutor de la medida."[18]

Adicionalmente, el derecho a la resistencia concede facultades exorbitantes a sus titulares, ya que este derecho tiene la suerte de una "garantía constitucional", pues por medio de él se impide la vulneración de **derechos constitucionales**, o así también se puede demandar el reconocimiento de **nuevos** derechos, tal como lo señala la Constitución. Estas facultades del derecho objeto de estudio se subsumen a lo prescrito

11 Sobre la resistencia municipal en Machala, *vid*. *Resistencia municipal por despido masivo*. http://www.lahora.com.ec/index.php/noticias/show/1101014582/-1/Resistencia_municipal_por_despido_masivo.html (acceso: 06/07/2012).

12 Sobre la resistencia la resistencia en Río Grande, *vid*. Pablo Cornejo. *Violación de los Derechos Constitucionales del Pueblo Montubio de Rio Grande y otras irregularidades en los diferentes estudios del proyecto multipropósito.* http://www.inredh.org/index.php?option=com_content&view=article&id=423%3Aresistencia-en-rio-grande&Itemid=57 (acceso: 07/07/2012)

13Ecuadorinmediato. *Trabajadores de Cervecería celebran que Fiscalía llame a audiencia a juez que falló contra la empresa*. http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=165492&umt=trabajadores_cerveceria_celebran_que_fiscalia_llame_a_audiencia_a_juez_que_fallo_contra_empresa (acceso: 07/07/2012).

14Sobre la resistencia la resistencia en Carchi, *vid*. *Carchi se sumó a la acción de resistencia*. http://www.lahora.com.ec/index.php/noticias/show/1101197293/-1/Carchi_se_sum%C3%B3_a_la_acci%C3%B3n_de_resistencia__.html (acceso: 07/07/2012).

15Sobre la resistencia la resistencia de universitarios, *vid*. *Quieren nuevas elecciones*. http://www.lahora.com.ec/index.php/noticias/show/1101333379/-1/Quieren_nuevas_elecciones.html (acceso: 07/07/2012).

16Jaime Vintimilla. *La Justicia y la Resistencia*. www.lahora.com.ec/index.php/noticias/show/795711/-1/La_justicia_y_la_resistencia_%2F_Jaime_Vintimilla.html (acceso: 12/05/2012).

17 Fabián Corral. *El Derecho a la resistencia*. http://www.elcomercio.com/fabian_corral/derecho-resistencia_0_667733323.html (acceso: 13/06/2012).

18 Ibíd.



en el Artículo 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional respecto a las garantías jurisdiccionales, las cuales

> […] tienen como finalidad la **protección eficaz e inmediata de los derechos reconocidos en la Constitución** y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la declaración de la violación de uno o varios derechos, así como la reparación integral de los daños causados por su violación. [Lo resaltado me pertenece]

De lo anterior se desprende que el derecho a la resistencia comparte una finalidad igual a la de las garantías constitucionales, pues con este derecho se resiste a acciones u omisiones que menoscaben o puedan menoscabar derechos. El que la resistencia sea una garantía, se explica por cuanto es mediante ella que se protege el ejercicio de otro derecho que es la libertad vista como

> un derecho a oponerse a la opresión que no venga en nombre de la Ley […] idea, que es patente en todos los textos revolucionarios, [y que] comienza técnicamente montando a su servicio dos garantías […]. Por una parte, la técnica medieval del derecho de resistencia […]; por otra parte, la técnica del proceso penal al agente arbitrario […][19]

Así también, el derecho a la resistencia tiene una mayor potestad al permitir que, por medio de él, las personas puedan autoconcederse derechos nunca antes reconocidos pero considerados necesarios por ellos, ya que así lo permite el Artículo 98 de la Constitución al mencionar que, por el derecho a la resistencia, se podrá "demandar el reconocimiento de nuevos derechos." Esto refleja un alto nivel de subjetividad imperante en el derecho a la resistencia, por lo que la redacción que éste tiene en la Constitución demuestra que debe ser regulado por una norma de menor jerarquía con el fin de limitar tal subjetividad y establecer bajo qué supuesto se podría ejercerlo, de lo contrario se podrían presentar casos en los que este derecho choque con derechos que podrían ser invocados por aquellas personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, que no consideran haber vulnerado o que podrían vulnerar un derecho del resistente.

Frente a ello, cabe por último analizar la posición de los administradores de justicia ante controversias en las que una o ambas partes invoquen el derecho a la resistencia. Resolver estas controversias podría generar ciertas contradicciones jurídicas debido a que mediante el derecho a la resistencia "se hace posible que prime la desobediencia de normas, especialmente cuando son contrarias a la legitimidad o vulneran derechos constitucionales"[20]. Esto significa que puede resistirse a actos del poder público, lo cual, por ejemplo, incluye a actos administrativos y normativos, por lo que al resistirnos a ellos, ya sea de forma pacífica o violenta, podría llegarse a desconocer normas jurídicas generalmente aceptadas por la mayoría pero no por unos pocos que se opongan. Ante este escenario, un administrador de justicia ha de estar preparado y ser capaz de analizar la legalidad en el ejercicio del derecho a la resistencia, e interpretar este derecho desde la perspectiva de quien lo invoca con el fin de que no se permita y equivocadamente se de paso a tipos penales como el terrorismo o el sabotaje, que no son una forma de resistencia. Por lo que lo jueces deberán encontrar un punto medio, entre la aparente ilegalidad que permite este derecho (al poder oponerse a normas vigentes) y la legalidad que defiende (al impedir la vulneración de otros derechos).[21]

En este contexto resultará aún más complejo para los administradores de justicia el dirimir controversias en las que en ejercicio del derecho a la resistencia se demanden nuevos derechos, pues en estos casos no sólo cabría analizar la legalidad del ejercicio del derecho a la resistencia, sino también la legalidad de los nuevos derechos demandados; no obstante, constituiría un gran reto para los administradores de justicia el pronunciarse sobre derechos que al ser "nuevos" no están regulados en ninguna norma legal, y por ello, podrían ser totalmente desconocidos para ellos. Es por esto que, para resolver este tipo de controversias en las que el derecho a la resistencia está de por medio, lo recomendable sería que se consideren las circunstancias particulares de cada caso pues no siempre el derecho a la resistencia podría ser ejercido de forma adecuada y en defensa de otros derechos.[22] Finalmente, cabe recalcar que, como lo califica el jurista Fabián Corral, el derecho a la resistencia al poderse ejercer de cualquier

19Eduardo García de Enterría. *La lucha contra las inmunidades del Poder en el derecho administrativo.* Madrid: Civitas Ediciones, 2004. p.17.

20 Jaime Vintimilla. *La Justicia y la Resistencia*. www.lahora.com.ec/index.php/noticias/show/795711/-1/La_justicia_y_la_resistencia_%2F_Jaime_Vintimilla.html (acceso: 12/05/2012).

21Sophie Turenne. *Judicial Responses to Civil Disobedience: A Comparative Approach*. Netherland: Res Publica, 2004. p. 382.

22 Ibíd.

forma en la que se muestre oposición a una acción u omisión, se trataría de un acto "extralegal,"[23] por tratarse de acciones directas que no requieren de formalidad alguna, por lo cual los administradores de justicia tendrían la complicada tarea de analizar la legalidad de algo que no pertenece totalmente al ámbito jurídico.

3. Conclusión y comentario

La Constitución ecuatoriana del 2008, al parecer, intentó consagrar el derecho a la resistencia con el fin de demostrar una "novedad" que la distinga de todas las Cartas Políticas anteriores las cuales nunca reconocieron expresamente este derecho. No obstante, se ha demostrado que, previamente a la Constitución de 2008, se presentaron ciertos casos en los que este derecho se ejerció. Por otra parte, en países como Francia, el derecho a la resistencia ha existido desde hace décadas; por lo que sorprende a juristas europeos que en Ecuador se vea a este derecho como una innovación.[24]

Por otra parte, la excesiva amplitud con la que el Artículo 98 de la Norma Fundamental trata a este derecho hace que se preste para oponerse a lo que cualquier persona pueda hacer si otra lo considera atentatorio a sus derechos. Convirtiéndose, cada persona, en juez y parte respecto a cuándo y por qué ejercer resistencia, lo cual podría hacer de la sociedad ecuatoriana un caos total al no requerirse de ningún otro requisito que el sentir una vulneración actual o futura de un derecho para oponerse a lo que otros hagan, incluso cuando dicha vulneración no se haya verificado. El que se permita demandar nuevos derechos al ejercer resistencia resulta en una excesiva potestad conferida a los ciudadanos, quienes al poder exigir el reconocimiento de cualquier derecho que crean conveniente, estarían introduciendo nuevas instituciones en el sistema legal ecuatoriano.

Todo esto evidencia la necesidad de que el derecho a la resistencia cuente con una regulación adecuada, para que no se lo llegue a ejercer sin más fundamento que la creencia de que alguien podría afectar otros de los derechos que la Constitución ha otorgado o los nuevos derechos que se consideren exigibles. Esto favorecería también a las autoridades judiciales que por el momento se dejan llevar de esa subjetividad propia de este derecho para fallar o no en favor de quien lo ejerce. Sin embargo, cabe señalar, que la regulación que se pueda dar al derecho a la resistencia no podrá restringir su contenido, pues así lo establece el artículo 11 de la Constitución, lo cual puede resultar en un inconveniente pues su regulación puede ser vista como una forma de restringirlo al no podérselo ejercer de forma directa e inmediata como también lo contempla el artículo *ibídem*.

4. Bibliografía

Arico, José y Jorge Tula. *Diccionario de Política*. Siglo Veintiuno Editores: 2005.

Bertoni, Eduardo (comp.). *¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho Penal y libertad de expresión en América Latina*. Buenos Aires: Universidad de Palermo, 2010.

Cornejo, Pablo. *Violación de los Derechos Constitucionales del Pueblo Montubio de Rio Grande y otras irregularidades en los diferentes estudios del proyecto multipropósito*. http://www.inredh.org/index.php?option=com_content&view=article&id=423%3Aresistencia-en-rio-grande&Itemid=57 (acceso: 07/07/2012)

Corral, Fabián. *El Derecho a la resistencia*. http://www.elcomercio.com/fabian_corral/derecho-resistencia_0_667733323.html (acceso: 13/06/2012).

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Vigésima Segunda Edición.

Ecuadorinmediato. *Trabajadores de Cervecería celebran que Fiscalía llame a audiencia a juez que falló contra la empresa*. http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=165492&umt=trabajadores_cerveceria_celebran_que_fiscalia_llame_a_audiencia_a_juez_que_fallo_contra_empresa (acceso: 07/07/2012).

García de Enterría, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del Poder en el derecho administrativo*. Madrid: Civitas Ediciones, 2004.

Guaranda, Wilton. "La Consulta Previa y el Derecho a la Resistencia". *Nuevas instituciones del Derecho Constitucional ecuatoriano*. Ed. David Cordero. Cotopaxi: Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos INREDH, 2009.

23 Fabián Corral. *El Derecho a la resistencia*. http://www.elcomercio.com/fabian_corral/derecho-resistencia_0_667733323.html (acceso: 13/06/2012).

24 Jaime Rodríguez-Arana y Antonello Tarzia. *Foro Académico Internacional sobre el Derecho a la Resistencia en el Derecho comparado y en la Constitución del Ecuador*. Universidad San Francisco de Quito. 11 abril 2011.



La Hora. *Carchi se sumó a la acción de resistencia*. http://www.lahora.com.ec/index.php/noticias/show/1101197293/-1/Carchi_se_sum%C3%B3_a_la_acci%C3%B3n_de_resistencia__.html (acceso: 07/07/2012).

La Hora. *Demandan a Correa por $30 millones*. http://www.lahora.com.ec/index.php/noticias/show/1101143778/-1/Demandan_a_Correa_por_$30_millones.html (acceso: 06/07/2012).

La Hora. *Maestros ratifican derecho a la resistencia*. http://www.lahora.com.ec/index.php/noticias/show/886893/-1/Maestros_ratifican_derecho_a_la_resistencia.html (acceso: 06/07/2012).

La Hora. *Quieren nuevas elecciones*. http://www.lahora.com.ec/index.php/noticias/show/1101333379/-1/Quieren_nuevas_elecciones.html (acceso: 07/07/2012).

La Hora. *Resistencia municipal por despido masivo*. http://www.lahora.com.ec/index.php/noticias/show/1101014582/-1/Resistencia_municipal_por_despido_masivo.html (acceso: 06/07/2012).

Martin, Claudia *et al*. (comp.). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. México: Universidad Iberoamericana. Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Washington College of Law, American University. Distribuciones Fontamara S.A.

Pumalpa, Mélida y Rodrigo Trujillo. *Criminalización de los Defensores y Defensoras de Derechos Humanos en Ecuador*. Quito: Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, 2011.

Rodríguez-Arana y Jaime, Antonello Tarzia. *Foro Académico Internacional sobre el Derecho a la Resistencia en el Derecho comparado y en la Constitución del Ecuador*. Universidad San Francisco de Quito. 11 abril 2011.

Turenne, Sophie. *Judicial Responses to Civil Disobedience: A Comparative Approach*. Netherland: Res Publica, 2004.

Vintimilla, Jaime. *La Justicia y la Resistencia*. http://www.lahora.com.ec/index.php/noticias/show/795711/-1/La_justicia_y_la_resistencia_%2F_Jaime_Vintimilla.html (acceso: 12/05/2012).

5. Plexo Normativo

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia). 26 de agosto de 1789.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial No. 52 de 22 de octubre de 2009.